

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Conclusion et preuve du contrat dans l'environnement numérique

Hubin, Jean-Benoît; Jacquemin, Hervé

*Published in:*

Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2018 = Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2018

*Publication date:*

2018

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Hubin, J-B & Jacquemin, H 2018, Conclusion et preuve du contrat dans l'environnement numérique. Dans *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2018 = Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2018*. Les dossiers du journal des juges de paix et de police, Numéro 26, La Charte, Bruxelles, p. 235-385.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# **CONCLUSION ET PREUVE DU CONTRAT DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE**

Jean-Benoît HUBIN

Assistant à l'Université de Namur (CRIDS)

Avocat au barreau de Namur

Hervé JACQUEMIN

Chargé de cours à l'Université de Namur (CRIDS)

Avocat au barreau de Bruxelles

## INTRODUCTION

**1. Recours croissant au numérique dans le cadre contractuel.** Désormais, il est presque devenu banal de conclure un contrat en ligne, qu'il s'agisse d'acheter une paire de chaussures auprès d'un revendeur (sur un site de commerce électronique B2C<sup>1</sup>) ou d'un autre consommateur (sur une plateforme de seconde main), de réserver une chambre d'hôtel ou un billet d'avion, de télécharger de la musique ou de l'écouter en streaming, voire de conclure un contrat de crédit à la consommation pour financer l'achat de sa nouvelle voiture. L'opération peut se faire à travers les pages transactionnelles du site internet du cocontractant, par échange de courriels ou au moyen d'une application mobile installée sur son téléphone portable ou sa tablette.

Les consommateurs sont manifestement demandeurs de ce type d'outils et, conscients des avantages qui en résultent en termes de rapidité ou de disponibilité notamment, les entreprises s'efforcent naturellement de dématérialiser les processus contractuels autant que possible, dans le respect des contraintes légales ou réglementaires éventuelles (en fonction de l'objet du contrat ou de la qualité des parties).

Eu égard à la faiblesse supposée du consommateur, qui s'engage à distance et par voie électronique avec un professionnel, le législateur (européen puis belge, par voie de transposition) a adopté de nombreuses règles visant à le protéger : obligation d'information renforcée, multiplication des exigences de forme, interdiction de certains paiements, octroi d'un droit de rétractation, etc. Elles encadrent principalement la formation du contrat.

Par ailleurs, des règles additionnelles peuvent être imposées pour certains contrats (contrat d'assurance ou de crédit, par exemple), outre l'application – généralement supplétive – des dispositions du Code civil relatives aux contrats nommés ou à la théorie générale des contrats et des obligations, en ce compris les règles de preuve. Pour ces dernières, les échanges B2B<sup>2</sup>, B2C et C2C<sup>3</sup> sont concernés.

**2. Compétence des juges de paix et de police dans ce cadre.** Avec la conclusion d'un nombre croissant de conventions dans l'environnement numérique (ou en recourant à certaines technologies de l'information et de la communication), il est probable que les litiges tendent à se multiplier. On vise spécifiquement les contentieux qui seraient justifiés par le non-respect de certaines règles de protection des consommateurs, prescrites dans l'hypothèse des contrats conclus à distance et en ligne, ou par la méconnaissance de certaines formalités requises à des fins probatoires. Dès lors que la conclusion de crédits à la consommation ou de contrats d'assurance de manière totalement dématérialisée devient également de plus en plus fréquente, des litiges ne sont pas à exclure non plus.

Eu égard à leurs compétences, les juges de paix ou de police devraient être amenés à connaître de ces litiges. Pour les premiers, on songe naturellement aux contestations en matière de crédit à la consommation<sup>4</sup>, aux demandes de recouvrement d'une somme

<sup>1</sup> Business to Consumer.

<sup>2</sup> Business to Business.

<sup>3</sup> Consumer to Consumer.

<sup>4</sup> Dans les conditions de l'art. 591, 21°, du C. jud.



d'argent introduites par un fournisseur d'électricité, de gaz, de chauffage ou d'eau<sup>5</sup>, voire aux litiges dont le montant de la demande n'excède pas 2.500 euros<sup>6</sup>. Quant au tribunal de police, il pourrait par exemple se prononcer sur le respect des formes probatoires du contrat d'assurance dont l'application est invoquée par la victime, preneuse du contrat (ce qui serait contesté par la compagnie d'assurances), ou par l'auteur d'un accident pour lequel la compagnie d'assurances déclinerait son intervention (au motif de l'absence de contrat).

Dans la mesure du possible, l'accent sera mis sur les décisions rendues par ces juridictions. Il va néanmoins de soi que d'autres juridictions peuvent être amenées à connaître de questions ayant trait à la formation ou à la preuve du contrat dans l'environnement numérique. Concernant l'application des règles de protection des consommateurs, on pense principalement aux décisions rendues par le président du tribunal de commerce dans le cadre d'une action en cessation commerciale (pour acte de concurrence déloyale), initiée par une entreprise contre une autre entreprise<sup>7</sup>, mais où le droit de la consommation est généralement mobilisé.

**3. Cadre normatif en constante évolution.** L'analyse sera menée à la lumière des dispositions légales ou réglementaires actuellement en vigueur. Certains textes devraient toutefois être modifiés à court ou moyen terme.

Une réforme du Code civil a en effet été initiée par le ministre de la Justice Koen Geens, et des avant-projets de textes, rédigés par des experts, sont disponibles en ligne depuis le 7 décembre 2017, et soumis à consultation publique jusqu'au 1<sup>er</sup> février 2018<sup>8</sup>. Des amendements seront probablement apportés à ceux-ci d'ici leur adoption définitive (normalement avant la fin de la législature). Il nous paraît toutefois important d'y faire référence de manière ponctuelle, pour souligner les principales modifications par rapport au régime actuel.

**4. Plan de la contribution.** On examine successivement les règles applicables à la formation du contrat dans l'environnement numérique, en ce compris la reconduction des contrats de service à durée déterminée (I), ainsi qu'à la preuve de ces conventions, si des contestations sur ce point devaient survenir (II).

## I. FORMATION (ET RECONDUCTION) DU CONTRAT DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE

**5. Plan de la partie I.** La première section de cette contribution rappelle l'incidence des règles issues de la théorie générale des obligations sur la conclusion du contrat en ligne (A) et sur l'opposabilité des conditions générales dans l'univers virtuel (B). Elle présente ensuite les obligations imposées par le Code de droit économique aux contrats à distance<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Dans les conditions de l'art. 591, 25°, du C. jud.

<sup>6</sup> Cf. art. 590 C. jud. Dans le cadre du projet de loi du 5 décembre 2017 modifiant le Code judiciaire, le Code civil et la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire (*Doc. parl.*, Ch., n° 54-2827/001), il est proposé de faire passer la compétence *ratione summae* du juge de paix à 5.000 euros.

<sup>7</sup> On observe en effet que les consommateurs initient rarement une procédure judiciaire, eu égard aux enjeux du litige, comparés aux frais à consentir, à la durée de la procédure et à l'incertitude des résultats.

<sup>8</sup> Les projets de textes sont disponibles en ligne, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (consulté le 15 janvier 2018).

<sup>9</sup> Art. VI.45 à VI.53 du C.D.E.

et aux services de la société de l'information<sup>10</sup>, et les sanctions s'attachant à leur non-respect (C).

Bien que celles-ci ne seront pas analysées, il est important de souligner qu'il existe également des règles applicables, de manière spécifique, à la formation de certaines catégories de contrats. Ces dispositions sont inscrites dans le Code de droit économique<sup>11</sup> ou dans certaines législations particulières<sup>12</sup>. Elles peuvent avoir une incidence sur la dématérialisation du processus contractuel, dès lors qu'elles imposent des exigences de forme (susceptibles de poser des difficultés au moment d'être accomplies par voie électronique) ou des règles de fond spécialement applicables aux contrats à distance ou à l'environnement numérique.

### A. RENCONTRE D'UNE OFFRE ET D'UNE ACCEPTATION

**6. L'offre en ligne.** Comme dans l'univers physique, le contrat en ligne naît de la rencontre des volontés des parties contractantes. Ceci implique que l'offre émise par une partie soit acceptée par l'autre partie<sup>13</sup>. L'offre constitue une manifestation de volonté définitive, qui doit uniquement être acceptée pour que le contrat soit formé<sup>14, 15</sup>. Il s'agit d'un acte réceptice, ce qui implique qu'il parvienne à son destinataire pour pouvoir sortir ses effets<sup>16</sup>. L'offre se caractérise par sa fermeté et sa précision. Ces éléments permettent de la distinguer d'autres initiatives, non contraignantes, formulées dans le cadre de négociations précontractuelles<sup>17</sup>.

L'internet a permis le développement de plateformes dont l'activité réside dans l'hébergement d'annonces commerciales, invitant à la conclusion d'une convention<sup>18</sup>. La qualification juridique des annonces publiées sur ce type de plateforme peut faire l'objet de contro-

<sup>10</sup> Art. XII.6 à XII.11 du C.D.E.

<sup>11</sup> Voy. les art. VI.54 à VI.61 du C.D.E. sur les contrats à distance portant sur des services financiers ou les art. XIV.26 à XIV.37 du C.D.E. sur les contrats à distance conclus avec des titulaires de professions libérales. Il faut également tenir compte de l'application des règles du livre VII relatives aux services de paiement et de crédit.

<sup>12</sup> Voy. la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyage et le contrat d'intermédiaire de voyage, *M.B.*, 1<sup>er</sup> avril 1994 ; la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971, ou la loi du 28 août 2011 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange, *M.B.*, 16 septembre 2011.

<sup>13</sup> Ce principe est repris à l'article 22 de l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil.

<sup>14</sup> Cass., 23 septembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 70.

<sup>15</sup> Voy. la définition de l'offre dans l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI dans le nouveau Code civil. L'offre y est définie comme « une proposition de conclure un contrat qui contient tous les éléments essentiels et substantiels du contrat visé et qui implique la volonté ferme de l'offrant d'être lié par le contrat en cas d'acceptation par le destinataire ».

<sup>16</sup> M. DUPONT, « L'obligation de livraison conforme et le moment de formation du contrat : deux concepts intimement liés », *D.C.C.R.*, 2012, p. 95.

<sup>17</sup> C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat », *R.G.D.C.*, 2004, p. 552 ; M. DUPONT, *op. cit.*, 2012, pp. 94-95.

<sup>18</sup> Certaines plateformes hébergent des annonces très diversifiées, alors que d'autres sites sont spécialisés dans la vente d'un type de biens ou la prestation d'une catégorie de services déterminés (vente d'immeubles, location d'endroits de vacances, vente de tickets, etc.).



verses<sup>19</sup>. Il convient, en effet, en cas de contestation ultérieure, de pouvoir déterminer la portée et les conséquences juridiques de l'annonce.

Dans une décision du 21 mars 2008, le tribunal de première instance de Bruxelles a considéré qu'une annonce publiée sur le site *Immoweb* constituait un simple appel d'offres, et non une offre ferme, de sorte que la réponse à cette annonce sous forme d'acceptation ne pouvait suffire à la conclusion d'un contrat de vente immobilière<sup>20</sup>. On conçoit assez aisément que, dans ce domaine, le placement d'une annonce sur une plateforme internet, ou sur le site d'une agence immobilière, ne peut suffire à constituer une offre au sens du droit des obligations.

S'agissant d'une vente mobilière, la Cour d'appel de Liège a qualifié d'« invitation à offrir » ou « à soumettre une offre » l'annonce de vente d'un véhicule, placée sur la plateforme eBay, en vue d'une vente aux enchères. Selon la Cour d'appel, en publiant cette annonce, le vendeur « a sollicité le public de faire l'offre la plus élevée pour l'achat de son bien, mais en se réservant le droit de rejeter la meilleure offre formulée par telle ou telle personne qui n'aurait pas son agrément [...]. Elle ne peut être assimilée à une pollicitation »<sup>21</sup>. Par contre, dans d'autres hypothèses, par exemple dans le cas de certains sites de réservation de chambres d'hôtel, le placement de l'annonce constitue une offre, et son acceptation conduit à la formation du contrat. De même, dans le cas d'une plateforme telle qu'Amazon, les annonces relatives aux biens mis en vente constituent en principe des offres, que les internautes n'ont plus qu'à accepter pour acquérir ceux-ci.

Afin de réserver une qualification adéquate au contenu qu'il lui est demandé d'analyser, le juge doit avoir égard au contexte dans lequel l'annonce a été publiée. À ce titre, le mode de fonctionnement de la plateforme hébergeant l'annonce – qui peut éventuellement être décrit dans les conditions d'utilisation du site – peut s'avérer déterminant. Certaines plateformes poursuivent exclusivement un but d'intermédiation. Elles mettent un vendeur en contact avec un acheteur afin d'engager des pourparlers, sans offrir de support pour la tenue de ces pourparlers. Par contre, d'autres initiatives mettent une infrastructure à la disposition des parties pour qu'elles puissent conclure la transaction par ce moyen. Par ailleurs, la formulation et le contenu de l'annonce sont d'importants indices pour déceler l'intention de son auteur et identifier s'il s'agit d'une offre de contracter, ou non<sup>22</sup>.

**7. L'acceptation en ligne.** Le contrat est, en principe, conclu lorsque l'offrant reçoit confirmation de l'acceptation de son offre. L'acceptation est l'agrément de l'offre par son destinataire<sup>23, 24</sup>. Il s'agit également d'un acte unilatéral réceptice.

<sup>19</sup> C. CAUFFMAN, « Gekocht op eBay? No way! Of toch », *D.C.C.R.*, 2011, pp. 74-75.

<sup>20</sup> Civ. Bruxelles, 21 mars 2008, *T. Not.*, 2010, p. 217.

<sup>21</sup> Liège, 25 mars 2011, *D.A.O.R.*, 2011, p. 505.

<sup>22</sup> E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La conclusion des contrats par voie électronique », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002, p. 590.

<sup>23</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 160.

<sup>24</sup> L'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI dans le nouveau Code civil propose de définir l'acceptation comme « toute déclaration ou autre comportement du destinataire de l'offre qui exprime l'accord sur celle-ci, sans ajouts, limitations ou autres modifications concernant des éléments essentiels ou substantiels ».

Selon la Cour d'appel de Liège, dans le cadre d'un processus d'enchères en ligne tel que celui proposé sur eBay, ne peut correspondre à une acceptation le message automatisé « adressé par le site de vente en ligne au meilleur enchérisseur ("Félicitations, vous venez d'acheter cet objet") », car il n'est pas l'expression de la volonté [du vendeur], mais l'exécution automatique d'une séquence informatique qui échappe totalement à son contrôle »<sup>25</sup>. En l'espèce, c'était en effet la plateforme hébergeant l'annonce – soit un tiers au contrat – et non la partie venderesse, qui avait généré ce message. La solution retenue par la Cour d'appel de Liège suppose toutefois que les parties ne se soient pas au préalable liées par une règle – par exemple une condition d'utilisation de la plateforme – en vertu de laquelle elles auraient décidé que la conclusion du contrat interviendrait nécessairement à une certaine échéance et en fonction de certaines circonstances.

Afin d'anticiper ces difficultés, les parties pourraient ajouter des conditions supplémentaires à la conclusion du contrat, par exemple en décidant que celui-ci ne se forme qu'après que le vendeur (l'offrant) ait notifié une confirmation au destinataire de son offre (l'acceptant). Une telle règle pourrait figurer dans les conditions d'utilisation du site de commerce électronique.

**8. Moment et lieu de la formation du contrat en ligne.** Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, en droit belge, « en ce qui concerne les contrats conclus entre absents, est applicable la règle de droit supplétif suivant laquelle le contrat est parfait au moment où le pollicitant a eu connaissance ou a raisonnablement pu avoir connaissance de l'acceptation »<sup>26</sup>. Cette jurisprudence se prononce en faveur de la théorie dite de la réception<sup>27</sup>. Celle-ci s'applique également aux contrats noués dans l'univers électronique, qui se forment lorsque l'acceptation parvient à l'offrant<sup>28</sup>. La théorie de la réception présente toutefois un caractère supplétif, de sorte que les parties peuvent convenir d'y déroger par voie de dispositions contractuelles<sup>29</sup>.

Dans le cadre de la conclusion d'un contrat par échange de courriers électroniques, des difficultés peuvent survenir lorsque l'e-mail marquant l'acceptation de l'offre contractuelle ne parvient pas effectivement à son destinataire, par exemple parce qu'il est automatiquement classé dans sa boîte *antispam* (et pas dans la boîte de réception classique). Une telle hypothèse – qui est loin d'être théorique – pose question, au regard de la théorie de la réception, dans la mesure où l'offrant pourrait, de bonne foi, ignorer que son offre a été acceptée. Il pourrait s'engager dans les liens d'un deuxième contrat portant sur le même bien, ou procéder à l'exécution du contrat sans avoir connaissance de certaines conditions complémentaires posées par l'autre partie dans sa réponse. En l'état, le droit belge n'apporte pas de solution tranchée à ce type de problème. Saisi d'une telle controverse, le juge doit déterminer si l'on peut considérer que l'offrant a réceptionné l'acceptation du destinataire de son offre.

On relève avec intérêt que cette difficulté pourrait être levée dans le cadre de la réforme du Code civil. Il est en effet suggéré d'introduire une disposition en vertu de laquelle

<sup>25</sup> Liège, 25 mars 2011, *D.A.O.R.*, 2011, p. 505.

<sup>26</sup> Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182.

<sup>27</sup> Il est proposé d'entériner ce choix dans le cadre de la réforme du Code civil, à l'article 25 de l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI.

<sup>28</sup> J.P. Fontaine-l'Évêque, 21 mai 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 856.

<sup>29</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, 2011, p. 169.



l'acte juridique unilatéral réceptice « accompli par voie électronique parvient au destinataire et prend effet lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance sur l'adresse électronique qu'il a acceptée pour la réception de cet acte juridique. Lorsque l'adresse électronique n'a pas été acceptée, l'acte juridique ne parvient au destinataire que lorsque le destinataire en prend connaissance »<sup>30</sup>. Cette disposition fait du choix de l'adresse électronique utilisée un élément déterminant, et arbitre clairement la controverse évoquée en faveur du destinataire du message, à défaut d'avoir eu recours à une adresse préalablement acceptée par lui. Il est à cet égard souligné dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi, que « dans un souci de juste distribution des risques, ce n'est pas au destinataire de se soucier de la bonne réception du message, mais à l'expéditeur (qui est libre de prendre des mesures complémentaires, comme un envoi recommandé, par exemple). Dès lors, ce n'est que si l'adresse électronique a été acceptée par le destinataire que le droit commun de la théorie de la réception s'applique. Cette acceptation doit être limitée au contexte dans lequel elle a été donnée. En l'absence d'une telle acceptation, rien n'empêche de recourir au courriel mais il incombera à l'expéditeur de démontrer une connaissance effective dans le chef du destinataire pour que l'acte juridique parvienne au destinataire et reçoive effet ».

## B. L'OPPOSABILITÉ DES CONDITIONS GÉNÉRALES EN LIGNE

**9. Conditions d'utilisation et conditions générales.** Il est fréquent, dans l'environnement numérique, qu'un site internet ou une application mobile fassent la distinction entre leurs conditions d'utilisation, d'une part, et les conditions générales applicables aux biens ou aux services qu'ils commercialisent, d'autre part. Bien que certaines parties puissent être redondantes, ces deux catégories de documents présentent une portée contractuelle différente<sup>31</sup>.

La Cour d'appel de Liège a rappelé l'importance de distinguer les conditions d'utilisation d'un site web et les conditions générales applicables au service vendu au travers de ce site internet – en l'espèce un service de transport aérien – dans un arrêt du 30 janvier 2014. Les conditions d'utilisation en question prévoyaient que la fréquentation du site impliquait leur acceptation. Elles donnaient le droit à l'entreprise de transport de modifier leur contenu, avec la possibilité de déduire l'acceptation de ces modifications du simple fait d'une utilisation ultérieure du site. Selon la Cour d'appel de Liège, « il est plus qu'évident que cette clause vise les conditions générales d'utilisation du site web [...] et non pas ses conditions générales de transport »<sup>32</sup>. La Cour a considéré qu'une telle disposition n'était pas abusive, en ce qu'elle ne s'appliquait qu'aux conditions d'utilisation, et non aux conditions générales.

Afin d'éviter toute controverse, il est recommandé à l'entreprise exploitant un site internet ou une application mobile d'utiliser une terminologie dépourvue d'ambiguïté, pour bien distinguer ses conditions générales de ses conditions d'utilisation<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Art. 5, al. 2.

<sup>31</sup> Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line », in X., *Les conditions générales*, Limal, Anthemis, coll. Jeune Barreau de Mons, 2009, p. 25.

<sup>32</sup> Liège, 30 janvier 2014, *Ann. prat. marché*, 2014, p. 360.

<sup>33</sup> Q. VAN ENIS, *op. cit.*, 2009, p. 29.

**10. Opposabilité des conditions générales en ligne.** Deux conditions sont généralement exigées pour permettre à des conditions générales de pénétrer dans le champ contractuel, et ainsi de les rendre opposables à leur destinataire : celles-ci doivent avoir été portées à la connaissance de l'autre partie préalablement ou au plus tard à la conclusion du contrat, et elles doivent avoir été acceptées par cette dernière<sup>34, 35</sup>.

La condition de connaissance se déduit directement de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui rappelle que le consentement de la partie qui s'oblige « requiert à tout le moins la possibilité de prendre connaissance des clauses sur lesquelles il doit porter »<sup>36</sup>. Elle vise une possibilité « réelle et raisonnable compte tenu des circonstances objectives et subjectives en l'espèce d'avoir effectivement connaissance des conditions générales applicables au contrat en cours de formation »<sup>37</sup>. Selon la Cour d'appel de Gand, cette condition est rencontrée lorsqu'une proposition contractuelle renvoie vers une page internet contenant des conditions générales, pour autant que cette page internet soit effectivement accessible<sup>38</sup>. Cette position nous paraît devoir être complétée : il faut en effet s'assurer, en outre, que le destinataire ait bien eu l'occasion de prendre connaissance des conditions générales, notamment qu'il ait disposé du temps nécessaire à cet effet.

L'exigence d'accessibilité effective est également mise en évidence par le Tribunal de première instance de Liège, qui estime que des conditions générales pouvant être consultées en cliquant sur un onglet « nos garanties », ne présentent qu'une accessibilité théorique « puisqu'il faut presque deviner que l'onglet "nos garanties" [...] comporte les conditions du contrat d'assurance ». Le tribunal de première instance en déduit que lorsque le lien vers les conditions d'assurance ne figure pas dans le processus de commande, avant la conclusion définitive du contrat, de sorte que tout intéressé peut conclure le contrat sans passer par la lecture (et l'acceptation) des conditions d'assurance, celles-ci ne sont pas opposables à la personne assurée<sup>39</sup>. Ainsi, les conditions générales que l'on veut rendre opposables en ligne ne peuvent être « enfouies dans le dédale du site, sans que jamais l'attention du client n'ait été attirée sur celles-ci »<sup>40</sup>.

Comme on le verra ci-dessous, plusieurs obligations imposées aux entreprises par le Code de droit économique contribuent à rencontrer cette condition d'accessibilité imposée par la jurisprudence. Ainsi, l'article III.74 C.D.E. oblige toute entreprise qui fait usage de conditions générales de mettre celles-ci « à disposition », en veillant à indiquer les langues dans lesquelles elles peuvent être consultées. Cette obligation est complétée, dans l'univers électronique, par l'article XII.7 C.D.E., qui impose de surcroît au prestataire d'un service de la société de l'information de communiquer au destinataire du service ses conditions générales « d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire » (*infra*, n° 15).

<sup>34</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, 2011, p. 206.

<sup>35</sup> Ces deux conditions sont reprises à l'article 27 de l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI du nouveau Code civil.

<sup>36</sup> Cass., 19 décembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2813.

<sup>37</sup> D. PHILIPPE et M. CHAMAS, « L'opposabilité des conditions générales », in X., *Le processus de formation du contrat*, Larcier, coll. CUP, 2004, vol. 72, p. 204.

<sup>38</sup> Gand, 5 mai 2010, *R.G.D.C.*, 2013, p. 482.

<sup>39</sup> Civ. Liège, 1<sup>er</sup> octobre 2008, *D.A.O.R.*, 2009, p. 320, note E. MONTERO.

<sup>40</sup> C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, p. 181.



**11. Clickwrap et browwrap.** Différentes techniques sont utilisées, dans le monde virtuel, pour rendre des conditions générales opposables à leur destinataire<sup>41</sup>.

Une première formule, dite du *browwrap*, met les conditions générales à la disposition de l'internaute, afin de lui permettre de les parcourir avant de s'engager. Si cette formule permet de porter les conditions générales à la connaissance du cocontractant, elle peut susciter des critiques lorsqu'il s'agit de s'assurer que le client a marqué son acceptation.

La technique du *clickwrap* rencontre le problème de l'acceptation, en invitant l'internaute à cocher une case *ad hoc* à cette fin. Cette manière de procéder est reconnue comme valable par la jurisprudence, à condition que le cocontractant puisse prendre connaissance des conditions générales au moment de son acceptation. Ceci implique de « veiller à ce que, dans le processus d'adhésion, un lien renvoie expressément le client, de manière claire et explicite, soit vers une page qui contient le texte intégral des conditions générales, soit vers un fichier (de type texte ou PDF) »<sup>42</sup>. Il est également recommandé d'encourager l'internaute à faire la démarche de consulter les conditions générales avant de pouvoir cocher la case marquant son acceptation.

Enfin, il arrive que la case visant à recueillir le consentement du client soit pré-cochée par l'entreprise de commerce en ligne. Cette façon de procéder est critiquable. Elle instaure en effet un doute quant à l'acceptation des conditions reprises dans la case pré-cochée, à défaut de démarche active de l'internaute (*infra*, n° 18).

## C. PRÉSENTATION DES DISPOSITIONS APPLICABLES À LA FORMATION DU CONTRAT DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE

### a. Articulation des différents livres du Code de droit économique

**12. Livre III du C.D.E. – Obligations générales des entreprises.** Au-delà du droit commun des obligations, l'entreprise active dans le commerce en ligne doit se conformer à différentes règles regroupées au sein du Code de droit économique. Elles figurent principalement dans les livres III, VI et XII du Code.

Les articles III.74 et suivants du Code de droit économique – qui résultent de la transposition de la directive 2006/123/CE sur les services<sup>43</sup> – imposent une obligation générale d'information et de transparence aux entreprises, quelle que soit la nature de leur activité, le mode d'exercice de celle-ci et la qualité de leur cocontractant.

**13. Livre XII du C.D.E. – Droit de l'économie électronique.** Complémentairement à l'obligation imposée par le livre III, lorsque le contrat conclu dans l'environnement numérique porte sur un service de la société de l'information, c'est-à-dire sur un service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et sur demande indivi-

duelle<sup>44</sup>, il y a lieu d'appliquer les dispositions du livre XII du Code de droit économique, qui fixent des exigences particulières en matière d'information et de transparence.

L'exigence de rémunération qui caractérise les services de la société de l'information fait l'objet d'une interprétation extensive : il faut que le service soit fourni en échange d'une contrepartie économique. Cette contrepartie ne doit toutefois pas nécessairement résulter d'un paiement émanant du destinataire du service. Elle peut par exemple provenir de revenus publicitaires générés par l'activité du prestataire du service<sup>45</sup>.

Ainsi, le fait de proposer un service en ligne qui permet la collecte d'informations relatives à ses utilisateurs, en vue de les mettre à la disposition d'annonceurs publicitaires, contre rémunération, constitue un service de la société de l'information.

Les services de la société de l'information englobent donc un large éventail d'activités économiques qui sont exercées en ligne. Les activités qui ont lieu hors ligne ne sont par contre pas couvertes par le livre XII<sup>46</sup>. Lorsqu'une activité présente un caractère hybride, en ce que le service est fourni en partie en ligne et en partie hors ligne, seule la partie en ligne est soumise au livre XII du Code de droit économique<sup>47</sup>.

**14. Livre VI du C.D.E. – Pratiques du marché et protection du consommateur.** Lorsqu'il lie une entreprise et un consommateur, le contrat conclu dans l'environnement numérique prend la qualification de contrat à distance<sup>48</sup> et se voit appliquer les règles protectrices des consommateurs prévues aux articles VI.45 et suivants du code<sup>49</sup>. Les dispositions du livre VI visent notamment à transposer les règles de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs<sup>50</sup>. Le système de protection que ce régime instaure est fondé sur l'idée « que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information »<sup>51</sup>.

La notion d'entreprise est définie, à l'article I.1,1°, comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations »<sup>52</sup>. La poursuite d'un but économique, de manière durable, relève d'une

<sup>44</sup> Art. I.18, 1°, du C.D.E.

<sup>45</sup> C.J.U.E., 11 septembre 2014, C-291/13, *Papasavvas*, § 30 ; C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Mc Fadden*, § 44.

<sup>46</sup> Considérant n° 18 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

<sup>47</sup> Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2002-2003, n° 50-2100/001, p. 15.

<sup>48</sup> Art. I.8, 15° du C.D.E.

<sup>49</sup> Pour les contrats à distance portant sur des services financiers, ce sont les articles VI.54 et suivants du C.D.E. qui s'appliquent.

<sup>50</sup> Directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 304, 22 novembre 2011, p. 64.

<sup>51</sup> C.J.U.E., 15 mars 2012, C-453/10, *Perenicova*, § 27 ; C.J.U.E., 26 avril 2012, C-472/10, *Invitel*, § 33.

<sup>52</sup> Dans le cadre de la réforme du droit des entreprises, il est proposé de faire évoluer cette définition générale. La notion d'entreprise couvrira, sauf exception, toute personne physique qui exerce une activité profes-

<sup>41</sup> Voy. Q. VAN ENIS, *op. cit.*, 2009, pp. 27-30.

<sup>42</sup> J.P. Fontaine-l'Évêque, 15 février 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 332.

<sup>43</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. Le champ d'application de l'article III.74 est plus large que celui de la directive 2006/123/CE, en ce qu'il n'est pas limité par les exclusions figurant à l'article 2 de la directive 2006/123/CE et reprises à l'article III.1 du C.D.E.



appréciation de fait. Avec le développement des nouvelles technologies, nombre de personnes se lancent dans une activité de commerce électronique, parfois exercée à titre complémentaire. Ceci emporte une double conséquence : d'une part, dans le cadre des relations contractuelles qu'elles nouent, à distance, avec des consommateurs, à l'occasion de l'exercice de cette activité, ces personnes sont tenues de se conformer aux dispositions du livre VI du Code de droit économique ; d'autre part, s'ils sont liés à l'exercice de cette activité, les rapports contractuels que ces personnes nouent avec d'autres entreprises – des plateformes hébergeant leur offre de service, par exemple – constituent des relations B2B, pour lesquelles elles ne peuvent revendiquer le bénéfice des dispositions du livre VI du Code de droit économique. Enfin, les contrats conclus en ligne entre deux consommateurs, par exemple via l'utilisation d'une plateforme électronique destinée à permettre les échanges C2C, échappent à l'application des dispositions du livre VI.

Complémentairement au livre VI, dans le contexte particulier des contrats à distance conclus par des titulaires de professions libérales avec des consommateurs, ce sont les dispositions figurant aux articles XIV.26 et suivants du Code de droit économique qui trouvent à s'appliquer<sup>53</sup>.

Le contrat à distance est un contrat conclu entre une entreprise et un consommateur « dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »<sup>54</sup>. Tout moyen technique permettant la conclusion du contrat sans la présence physique et simultanée de l'entreprise et du consommateur justifie la qualification de contrat à distance<sup>55</sup>. La notion vise donc non seulement les contrats conclus via des sites internet ou des applications mobiles, mais également les accords noués par téléphone ou par échange de correspondance – électronique ou non<sup>56</sup>.

En cas de processus mixte de formation du contrat entre une entreprise et un consommateur, la notion de contrat à distance doit être interprétée à la lumière de la finalité des dispositions dans lesquelles elle s'inscrit. Celles-ci ont pour objet d'assurer une protection au consommateur face au déficit informationnel qu'il risque de subir. En conséquence, c'est au regard de cette capacité à se renseigner et à recevoir les informations nécessaires, au cours des phases de négociation et de conclusion du contrat, qu'il y a lieu de déterminer si le contrat doit recevoir la qualification de contrat à distance. Cette interprétation se fonde sur une analyse du considérant n° 20 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consom-

sionnelle à titre indépendant, toute personne morale et toute autre organisation sans personnalité juridique (Projet de loi portant réforme du droit de l'entreprise, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 177). Une définition spécifique de l'entreprise (identique à celle qui figure actuellement à l'article I.1, 1°, du C.D.E.), sera toutefois d'application pour le livre VI.

<sup>53</sup> Il est prévu, dans le cadre de la réforme du droit des entreprises, d'abroger les dispositions du livre XIV du Code de droit économique et d'appliquer aux titulaires de professions libérales les règles du livre VI du Code de droit économique, sous réserve de quelques adaptations (Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2017-2018, n° 54-2828/001).

<sup>54</sup> Art. I.8, 15°, et I.8, 13°, du C.D.E.

<sup>55</sup> Civ. Bruxelles, 12 novembre 2015, R.G. n° 12/11375/1, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>56</sup> H. JACQUEMIN, « Contrats à distance et sanctions du non-respect des règles applicables à ceux-ci », *J.J.P.*, 2015, p. 394.

mateurs<sup>57</sup>, aux termes duquel le contrat à distance « devrait également couvrir les situations où le consommateur visite l'établissement commercial uniquement afin de collecter des informations sur les biens ou les services, puis négocie et conclut le contrat à distance. En revanche, un contrat qui est négocié dans l'établissement commercial du professionnel et qui est finalement conclu en recourant à une technique de communication à distance ne devrait pas être considéré comme un contrat à distance. Un contrat qui est ébauché en recourant à une technique de communication à distance, mais qui est finalement conclu dans l'établissement commercial du professionnel, ne devrait pas non plus être considéré comme un contrat à distance ». Le recours à une technique de communication à distance lors des phases de négociation et de conclusion du contrat apparaît donc décisif<sup>58</sup>. C'est pourquoi, dans le cadre de la réservation en ligne d'un bien ou d'un service, dont l'acquisition se fait ensuite en présence du commerçant, c'est la capacité réelle du consommateur à encore discuter le contrat – et le cas échéant à le refuser – après la réservation en ligne, qui déterminera la qualification de celui-ci en tant que contrat à distance ou non<sup>59</sup>.

C'est ainsi que le Tribunal de première instance de Liège a relevé que lorsque le contrat s'est noué et a été conclu exclusivement via le site internet de l'entreprise, il s'agit bien d'un contrat à distance, même si ce contrat est ensuite présenté par écrit, pour signature, par un représentant de l'entreprise, au consommateur<sup>60</sup>. Il faut en effet veiller à distinguer la phase de conclusion du contrat (*negotium*), d'une part, et l'établissement ultérieur d'un *instrumentum*, à des fins probatoires<sup>61</sup>.

## b. Panorama des obligations imposées par le Code de droit économique

### (i) Obligations antérieures à la conclusion du contrat en ligne

**15. Devoir général d'information et de transparence.** Le Code de droit économique impose un devoir d'information et de transparence aux entreprises qui commercialisent des produits ou des services en ligne. L'article III.74 prévoit une obligation générale d'information à charge de toutes les entreprises. Celle-ci s'applique de manière générale, indépendamment de tout processus contractuel. Les articles VI.45 et VI.46 complètent ce régime, dans le cas de la conclusion d'un contrat à distance avec un consommateur, en imposant la communication de certaines informations relatives au contrat, sous une forme claire et compréhensible, avant la formation de celui-ci<sup>62</sup>. Enfin, les articles XII.6 et suivants imposent également aux prestataires de services de la société de l'information d'assurer un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires de leurs services, à diverses informations. Les obligations imposées par les articles XII.6 et suivants sont indépendantes de tout processus contractuel.

<sup>57</sup> Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

<sup>58</sup> Sur cette question, voyez H. JACQUEMIN, *op. cit.*, 2015, pp. 394-395.

<sup>59</sup> R. STEENNOT e.a., « Overzicht van rechtspraak consumentenbescherming (2008-2014) marktpraktijken (2011-2014) », *T.P.R.*, 2015, p. 1617.

<sup>60</sup> Civ. Liège, 27 mai 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 381.

<sup>61</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, 2015, p. 395.

<sup>62</sup> Dans le cas des contrats à distance portant sur des services financiers, le devoir d'information est prévu par les art. VI.55 et VI.57 du C.D.E.



Le devoir d'information et de transparence porte principalement sur l'identité de l'entreprise, son adresse géographique et ses coordonnées, ainsi que sur les caractéristiques de son activité économique et des services et produits qu'elle commercialise. Il lui impose également de communiquer le coût de ses biens ou services, ou à tout le moins le mode de calcul de ceux-ci, les modalités de paiement et de livraison, les garanties offertes, etc. Dans le cadre d'un contrat à distance, le devoir d'information couvre également le droit de rétractation dont dispose, ou non, le consommateur<sup>63, 64</sup>.

Enfin, dans le cas où elle en utilise, l'article III.74, § 1<sup>er</sup>, 9<sup>o</sup>, impose à l'entreprise de mettre à disposition ses conditions générales, et d'indiquer les langues dans lesquelles celles-ci peuvent être consultées. Cette mise à disposition ne peut toutefois être assimilée à une communication effective des conditions générales (*supra*, n<sup>o</sup> 10). L'article XII.7, § 2, ajoute, pour les services de la société de l'information, que les clauses contractuelles et les conditions générales doivent être communiquées d'une manière qui permette à leur destinataire de les conserver et de les reproduire. Ceci implique que le destinataire puisse les enregistrer ou les imprimer.

Ces nombreuses obligations, qui s'avèrent assez contraignantes pour les entreprises actives dans le commerce électronique, visent à compenser le déficit de connaissance dont le client est présumé souffrir relativement à certains éléments de fait ou de droit de la relation contractuelle<sup>65</sup>. Comme l'a souligné la Cour de justice, « l'information, avant la conclusion du contrat, sur les conditions contractuelles et les conséquences de ladite conclusion est, pour un consommateur, d'une importance fondamentale. C'est, notamment, sur la base de cette information que ce dernier décide s'il souhaite se lier par les conditions rédigées préalablement par le professionnel »<sup>66</sup>. C'est la raison pour laquelle le Président du Tribunal de commerce d'Anvers a jugé qu'un site de jeu en ligne qui ne communiquait aux joueurs l'identité de l'entreprise organisant le jeu de hasard qu'après qu'ils aient décidé de participer, manquait à son devoir de transparence imposé par les articles III.74 et VI.45 du Code de droit économique<sup>67</sup>.

**16. Mode de communication et langage utilisé.** Lorsque les informations sont destinées aux consommateurs, l'article VI.45, paragraphe 1<sup>er</sup>, impose expressément que celles-ci soient transmises, avant la conclusion du contrat, sous une forme claire et compréhensible<sup>68</sup>.

L'article XII.7 du Code de droit économique enjoint également à tout prestataire d'un service de la société de l'information de communiquer de manière claire, compréhensible et non équivoque, avant la passation d'une commande, les langues proposées pour la conclusion du contrat, les différentes étapes techniques à suivre pour conclure celui-ci et pour corriger d'éventuelles erreurs, ainsi que les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données. Cette obligation d'information

<sup>63</sup> Art. VI.45, § 1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup> à 11<sup>o</sup> du C.D.E.

<sup>64</sup> Sur le droit de rétractation, voy. ci-dessous n<sup>o</sup> 19.

<sup>65</sup> H. JACQUEMIN, « Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur », *D.C.C.R.*, 2013, n<sup>o</sup> 100-101, p. 268.

<sup>66</sup> C.J.U.E., 21 mars 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, § 44.

<sup>67</sup> Prés. Comm. Anvers, 7 octobre 2014, *Ann. prat. marché*, 2014, p. 488.

<sup>68</sup> La même obligation figure à l'article VI.55 C.D.E pour les contrats à distance portant sur des services financiers.

spécifique ne vise que les contrats conclus par la voie d'un site internet ou d'une application mobile. Elle ne s'applique pas aux contrats formés exclusivement par la voie d'un échange de courriers électroniques<sup>69</sup>.

Selon le Président du Tribunal de commerce de Nivelles, l'article XII.7 est violé lorsqu'un site internet laisse supposer qu'il existe en version néerlandaise, parce qu'il fait apparaître un petit drapeau correspondant à l'utilisation de cette langue, alors que ni le site ni les conditions générales de vente ne sont disponibles dans ce langage<sup>70</sup>.

Aucune disposition n'impose, par contre, de manière expresse, que les conditions générales soient rédigées dans une langue déterminée, par exemple dans la langue maternelle de leur destinataire. La Cour d'appel de Gand a jugé que des conditions contractuelles en néerlandais et en français pouvaient être comprises par un client allemand, étant donné que la description du bien vendu était rédigée dans ces deux langues<sup>71</sup>. Il nous paraît toutefois nécessaire de nuancer cette affirmation. Si un client – et en particulier un consommateur – peut comprendre une langue étrangère, telle que l'anglais, lorsqu'elle est utilisée dans une perspective publicitaire ou commerciale, il n'est toutefois pas certain qu'il dispose des aptitudes suffisantes pour lui permettre de prendre connaissance et de saisir les nuances d'un texte juridique rédigé dans cette langue étrangère<sup>72</sup>.

On peut, en toute hypothèse, contester l'opposabilité de conditions générales rédigées dans une langue méconnue du cocontractant, si cette langue ne correspond pas à celle dans laquelle le site internet peut être consulté<sup>73</sup>.

Par ailleurs, il arrive que l'entreprise propose, sur certaines pages de son site – par exemple dans une page FAQ – une version simplifiée de tout ou partie de ses conditions générales, en vue d'en faciliter la lecture ou de rendre celle-ci plus attrayante. Il y a lieu d'être extrêmement attentif à toute discordance éventuelle entre cette version allégée et le texte des conditions générales. En effet, en cas d'écart, la version simplifiée pourrait primer les conditions générales<sup>74</sup>. Il a par contre été jugé que des renvois partiels aux conditions générales d'une entreprise apparaissant, sur son site internet, en cours de navigation, constituaient une méthode de communication particulièrement claire, dès lors qu'un exemplaire intégral de ces conditions était repris sur la page d'ouverture du site, puis sur toutes les pages préalables à une commande, et enfin sur la page de confirmation de la commande<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> Art. XII.10, al. 2, du C.D.E.

<sup>70</sup> Prés. Comm. Nivelles, 29 février 2012, *Ann. prat. marché*, 2013, p. 63.

<sup>71</sup> Gand, 26 mai 2010, *D.C.C.R.*, 2011, p. 51, et note C. CAUFFMAN, « Gekocht op eBay? No way! Of toch ».

<sup>72</sup> Voy. l'analyse de droit comparé réalisée sur cette question par E. TERRY, « Transparantie en algemene voorwaarden – Nood aan hervorming? », *T.P.R.*, 2017, pp. 47-49.

<sup>73</sup> C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, p. 182.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 182 ; Q. VAN ENIS, *op. cit.*, 2009, p. 32.

<sup>75</sup> Liège, 30 janvier, 2014, *Ann. prat. marché*, 2014, p. 360.



*(ii) Obligations concomitantes à la conclusion du contrat en ligne*

**17. Possibilité de vérification.** L'article XII.8 du Code de droit économique prévoit qu'avant la passation d'une commande en ligne, l'entreprise doit mettre à la disposition du destinataire les moyens techniques appropriés lui permettant d'identifier les erreurs éventuellement commises dans la saisie des données et de les corriger. Ceci prend généralement la forme d'une page récapitulative, affichée sur le site internet de l'entreprise, qui permet de vérifier l'intégralité des informations fournies. Cette obligation prémunit les parties d'une commande réalisée par erreur. Elle ne s'applique pas lorsque le contrat est conclu par un simple échange de courriers électroniques<sup>76</sup>. Il peut par ailleurs y être dérogé dans le cadre de la formation d'engagements entre entreprises<sup>77</sup>.

**18. Commande avec obligation de paiement et paiement supplémentaire.** Aux termes de l'article VI.46, paragraphe 2, alinéa 2, du code, lorsqu'un contrat conclu par voie électronique oblige le consommateur à un paiement, l'entreprise doit veiller à ce que ce dernier, lorsqu'il passe sa commande, reconnaisse explicitement que cette commande implique une obligation de payer. En outre, si la passation de la commande implique qu'un bouton ou une fonction similaire soit activée, l'entreprise doit veiller à ce que la mention « commande avec obligation de paiement » ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, soit indiquée de manière facilement lisible. À défaut de respecter ces obligations, le consommateur n'est pas lié par le contrat.

Il faut également avoir égard à l'article VI.41 du Code de droit économique, qui prévoit, de manière générale, pour tout contrat de consommation, que tout paiement supplémentaire à charge du consommateur par rapport à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale, doit faire l'objet d'un consentement exprès. Lorsque le consentement du consommateur a été déduit du recours à des options par défaut que le consommateur aurait dû rejeter, il a droit au remboursement de ces montants. Ainsi, un paiement additionnel ne pourra être réclamé au consommateur si celui-ci est déduit d'une case pré-cochée s'imposant à lui au moment de la commande.

*(iii) Obligations postérieures à la conclusion du contrat en ligne*

**19. Devoir d'information sur support durable.** Après la passation d'une commande par voie électronique, l'article XII.9 du Code de droit économique impose au prestataire d'un service de la société de l'information d'accuser réception de cette commande, sans délai injustifié et par voie électronique. L'accusé de réception doit contenir un récapitulatif de la commande.

L'article VI.46 prévoit une obligation similaire, en son paragraphe 7. Il stipule qu'après la conclusion d'un contrat à distance, une confirmation du contrat conclu doit être envoyée au consommateur, sur un support durable. Cette confirmation doit contenir toutes les informations qui devaient être fournies au consommateur, avant la conclusion du contrat, en vertu de l'article VI.45, paragraphe 1<sup>er</sup>, à moins que l'entreprise les ait déjà communiquées avant la conclusion du contrat, sur un support durable.

<sup>76</sup> Art. XII.10, al. 2, du C.D.E.

<sup>77</sup> Art. XII.10, al. 1<sup>er</sup>, du C.D.E.

La Cour de justice a précisé qu'un mécanisme en vertu duquel un hyperlien était mis à la disposition du consommateur, donnant accès aux informations requises sur le site internet de l'entreprise, ne pouvait être considéré comme satisfaisant. Selon la Cour, ce mode de communication ne conduit ni à la « fourniture » des informations par l'entreprise ni à leur « réception » par le consommateur<sup>78</sup>. Or il importe que l'information soit communiquée spontanément au consommateur<sup>79</sup>. Un comportement actif est par conséquent requis dans le chef de l'entreprise, tandis que le consommateur doit pouvoir se contenter d'une attitude passive<sup>80</sup>.

L'information doit par ailleurs être fournie sur un support durable, défini comme « tout instrument permettant au consommateur ou à l'entreprise de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées »<sup>81</sup>. Ce type de support « doit garantir au consommateur, de manière analogue à un support papier, la possession des informations requises, pour lui permettre de faire valoir, le cas échéant, ses droits »<sup>82</sup>. Ceci implique que le consommateur ait la possibilité de stocker les informations qui lui ont été adressées personnellement, qu'il ait la garantie de l'absence d'altération de leur contenu ainsi que de leur accessibilité pendant une durée appropriée, et qu'il dispose de la possibilité de les reproduire telles quelles<sup>83</sup>.

Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs<sup>84</sup> donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés de support durable (ou, par voie de conséquence, d'écrit, puisqu'il s'agit d'équivalents fonctionnels). Sont ainsi mentionnés « le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques durs d'ordinateur ainsi que les courriels ». Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable. Certaines pages web sont modifiées à un rythme quasi ininterrompu, par une multitude d'intervenants (l'intégrité des informations n'est, par conséquent, pas garantie).

Se prononçant sur la notion de support durable, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que l'enregistrement audio d'une communication téléphonique, conservé sur support électronique, ne pouvait pas constituer un support durable, lorsqu'il était stocké par l'entreprise et n'était pas consultable par le consommateur. La Cour d'appel a en effet relevé que ce type de support était susceptible d'être modifié par l'entreprise, qui pouvait supprimer des passages de la conversation, les changer ou les modifier. Elle a insisté sur le fait que le support durable devait impérativement être mis à la disposition du consommateur et qu'il

<sup>78</sup> C.J.U.E., 5 juillet 2012, C-49/11, *Content Services*, § 37.

<sup>79</sup> Prés. Comm. Anvers, 8 mai 2008, *Ann. prat. marché*, 2008, p. 182.

<sup>80</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, 2013, p. 272.

<sup>81</sup> Art. I.8, 19° du C.D.E.

<sup>82</sup> C.J.U.E., 5 juillet 2012, C-49/11, *Content Services*, § 42.

<sup>83</sup> C.J.U.E., 5 juillet 2012, C-49/11, *Content Services*, § 43 ; C.J.U.E., 9 novembre 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia*, § 35.

<sup>84</sup> Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011.



devait pouvoir s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté, ce qui n'était pas le cas en l'espèce<sup>85</sup>.

Un site internet ne constitue pas non plus un support durable, lorsqu'il présente un caractère éphémère et modifiable<sup>86</sup> (ce qui sera généralement le cas). Rencontre par contre l'exigence du support durable le document qui peut être soit imprimé, soit téléchargé puis conservé, par le consommateur, au départ du site internet du vendeur<sup>87</sup>.

De même, lorsqu'il intègre une boîte électronique personnelle au consommateur, le site internet peut être qualifié de support durable, pour autant que deux conditions soient rencontrées, à savoir :

- que le site permette à l'utilisateur de stocker les informations qui lui ont été personnellement adressées de manière à ce qu'il puisse y accéder et les reproduire à l'identique, pendant une durée appropriée, sans qu'aucune modification unilatérale de leur contenu par l'entreprise ou par un tiers ne soit possible, et
- dans l'hypothèse où le consommateur est obligé de consulter ledit site internet afin de prendre connaissance des informations, que la transmission de celles-ci soit accompagnée d'un comportement actif de l'entreprise destiné à porter à la connaissance de ce consommateur l'existence et la disponibilité desdites informations sur ledit site internet<sup>88</sup>.

On considérera également comme adéquates des pratiques résidant dans l'envoi d'un e-mail sur la boîte électronique du consommateur, ou dans la transmission d'un document PDF contenant les informations requises.

**20. Droit de rétractation du consommateur.** Dans les contrats à distance, l'article VI.47 du Code de droit économique confère au consommateur un droit de rétractation<sup>89</sup>. Ce droit autorise le consommateur à se rétracter du contrat conclu, dans un délai de quatorze jours, sans avoir à motiver sa décision et sans avoir à supporter d'autres frais que les coûts directs engendrés, le cas échéant, par le renvoi des biens achetés<sup>90</sup>. Il est censé « compenser le désavantage résultant pour le consommateur d'un contrat à distance, en lui accordant un délai de réflexion approprié pendant lequel il a la possibilité d'examiner et d'essayer le bien acquis »<sup>91</sup>.

Une telle faculté de rétractation ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse où l'objet du contrat porte sur une vente ou sur une prestation de service. La notion de contrat à distance, telle que visée à l'article I.8, 15°, du Code de droit économique, n'envisage en effet que ces deux types de prestations. Par conséquent, aucun droit de rétractation ne peut être

<sup>85</sup> Bruxelles, 1<sup>er</sup> septembre 2011, *Ann. prat. marché*, 2011, p. 460.

<sup>86</sup> Civ. Anvers, 14 mai 2010, *R.W.*, 2012-13, p. 1350.

<sup>87</sup> Comm. Bruxelles, 29 mai 2008, *Bull. Ass.*, 2008, p. 254.

<sup>88</sup> C.J.U.E., 25 janvier 2017, C-375/15, *BAWAG PSK*, § 53.

<sup>89</sup> Dans les contrats à distance portant sur des services financiers, le droit de rétractation est inscrit à l'article VI.58 du C.D.E.

<sup>90</sup> Art. VI.51, § 1<sup>er</sup>, al. 2, du C.D.E.

<sup>91</sup> C.J.U.E., 3 septembre 2009, C-489/07, *Messner*, § 20.

invoqué à la suite de la conclusion d'une convention de transaction entre un consommateur et une entreprise, par exemple<sup>92</sup>.

L'existence du droit de rétractation – ainsi que ses conditions, délai et modalités d'exercice – ou, au contraire, l'absence de celui-ci, constitue une information qui doit être signalée au consommateur, avant la conclusion du contrat<sup>93</sup>, et doit lui être confirmée, sur un support durable, après la conclusion de celui-ci<sup>94</sup>. Il s'agit d'une information qui doit être donnée spontanément au consommateur. Un modèle standardisé des informations à communiquer figure en annexe du livre VI du Code de droit économique.

Le délai de rétractation court à partir du jour de la conclusion du contrat dans le cas d'un contrat de service, et à partir du jour de la réception du bien dans le cadre d'une vente<sup>95</sup>. La décision du consommateur de se rétracter peut être notifiée à l'entreprise par tout moyen, que ce soit par un mode de communication électronique ou par voie postale<sup>96</sup>. Un modèle de formulaire de rétractation a été établi par le législateur. Il figure en annexe au livre VI du Code de droit économique. Il n'est toutefois pas obligatoire pour le consommateur, qui peut également utiliser tout autre moyen pour exposer sa décision de se rétracter.

L'exercice du droit de rétractation a pour effet d'éteindre l'obligation des parties<sup>97</sup>. L'entreprise est tenue de rembourser au consommateur tous les paiements reçus de sa part, y compris les frais de livraison, sans retard excessif et en tout état de cause dans un délai de quatorze jours<sup>98</sup>. Le consommateur doit, pour sa part, restituer les biens dont il a reçu livraison. Sa responsabilité ne peut être engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens<sup>99</sup>. Ceci permet à l'entreprise de réclamer une indemnité compensatrice au consommateur dans l'hypothèse où il a fait un usage du bien incompatible avec la bonne foi ou l'enrichissement sans cause<sup>100</sup>.

Lorsque la déclaration de rétractation est remplie en ligne, via le site internet de l'entreprise, cette dernière est tenue de communiquer sans délai un accusé de réception de la rétractation sur un support durable au consommateur<sup>101</sup>.

Lorsque le contrat à distance porte sur une prestation de service, et que le consommateur a expressément sollicité que l'exécution du contrat débute pendant le délai de rétractation, il reste tenu, en cas de rétractation, de payer à l'entreprise un montant proportionnel à ce qui a été fourni par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat<sup>102</sup>.

<sup>92</sup> Cass., 8 décembre 2017, R.G. n° C.17.0101/F, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>93</sup> Art. VI.45, § 1<sup>er</sup>, 8° et 11°, du C.D.E.

<sup>94</sup> Art. V.46, § 7, du C.D.E. Cette confirmation relative au droit de rétractation ne doit toutefois plus être fournie, après la conclusion du contrat, si elle a déjà été communiquée sur support durable avant sa conclusion.

<sup>95</sup> Art. VI.47, § 2, du C.D.E.

<sup>96</sup> Art. VI.49 du C.D.E.

<sup>97</sup> Art. VI.52 du C.D.E.

<sup>98</sup> Art. VI.50 du C.D.E.

<sup>99</sup> Art. VI.51, § 2, du C.D.E.

<sup>100</sup> C.J.U.E., 3 septembre 2009, C-489/07, *Messner*, § 26.

<sup>101</sup> Art. VI.49, § 3, du C.D.E.

<sup>102</sup> Art. VI.51, § 3, du C.D.E.



L'article VI.53 énumère une liste de quatorze exceptions au droit de rétractation. Dans les différentes hypothèses visées, et pour autant qu'il en ait été préalablement informé, le consommateur ne peut se rétracter du contrat qu'il a conclu. Parmi ces exceptions, figure le contrat de « fourniture d'un contenu numérique non fourni sur support matériel si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur [...] ». Le contenu numérique est un ensemble de « données produites et fournies sous forme numérique »<sup>103</sup>. Ainsi, l'exception au droit de rétractation peut s'appliquer tant au contrat de téléchargement de contenu audiovisuel ou applicatif en ligne, qu'au contrat d'hébergement de données, ce qui recouvre notamment le stockage d'informations ou la publication payante d'annonces en ligne.

#### (iv) Obligations en cas de reconduction du contrat

**21. Reconduction tacite.** Certains contrats en ligne conclus pour une durée déterminée peuvent prévoir des modalités de reconduction tacite, à défaut de dénonciation.

Afin de protéger les consommateurs, l'article VI.91 du Code de droit économique prévoit que la clause de reconduction tacite doit figurer en caractères gras et dans un cadre distinct du texte, au recto de la première page du document contractuel. Elle doit mentionner les conséquences de la reconduction tacite et la date ultime à laquelle le consommateur peut s'y opposer, ainsi que les modalités selon lesquelles il peut notifier cette opposition.

S'il opte pour la formule de la reconduction tacite, le prestataire d'un service de la société de l'information peut chercher à imposer que la dénonciation du processus de reconduction intervienne par voie électronique, par exemple par le recours exclusif à un formulaire mis à disposition sur son site internet. Si elle n'est pas expressément prévue par voie de stipulation contractuelle, une telle façon de procéder pourrait être jugée contraire à l'article XII.25 du Code de droit économique. Cet article prévoit qu'à défaut de dispositions légales contraires, nul ne peut être contraint de poser un acte juridique par voie électronique. Il faut noter que cette disposition, qui a été extraite de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification<sup>104</sup>, était initialement destinée à s'appliquer exclusivement aux relations entre les citoyens et les autorités, et non aux relations entre personnes privées<sup>105</sup>. À l'occasion de son introduction dans le Code de droit économique, le législateur a semblé vouloir généraliser sa portée, en précisant que « ce principe – selon lequel toute personne conserve le libre choix du support (papier ou électronique) par lequel il pose ses actes juridiques – est désormais étendu aux nouveaux services de confiance consacré par le règlement 910/2014 et le présent titre (cachet, horodatage, envoi recommandé et archivage électroniques). Cela signifie notamment qu'une personne ne peut être contrainte d'envoyer ou de recevoir un recommandé électronique. Elle ne le fera que si une disposition légale le prévoit ou si elle l'accepte contractuellement »<sup>106</sup>. Par cette référence aux rapports contractuels, le législa-

<sup>103</sup> Art. I.8., 35° du C.D.E.

<sup>104</sup> M.B., 29 septembre 2001.

<sup>105</sup> Projet de loi fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2000-2001, n° 2-662/4, p. 5.

<sup>106</sup> Projet de loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la Directive 1999/93/CE, portant insertion du

teur a semble-t-il admis que l'article XII.25 puisse désormais s'appliquer dans les rapports entre personnes privées, tout en réservant l'hypothèse où les parties auraient expressément convenu de s'en remettre à un mode de communication électronique.

En toute hypothèse, lorsqu'il s'agit d'un contrat de consommation, le consommateur peut résilier le contrat à tout moment, après sa reconduction tacite, sans indemnité, au terme d'un délai de préavis de deux mois maximum<sup>107</sup>.

### D. SANCTION DU NON-RESPECT DES OBLIGATIONS APPLICABLES DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE

#### a. Sanctions ponctuelles imposées par le Code de droit économique

**22. Incohérence des sanctions civiles.** Sauf exceptions<sup>108</sup>, les sanctions applicables en cas de violation des obligations précontractuelles ou contractuelles imposées par le Code de droit économique ne sont pas harmonisées au niveau européen<sup>109</sup>. Laissant le soin aux États membres de définir le régime des sanctions qu'ils imposent, la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs prévoit néanmoins que ces sanctions doivent présenter un caractère effectif, proportionné et dissuasif<sup>110</sup>.

En droit belge, les exigences imposées dans l'environnement numérique font l'objet d'un dispositif de sanctions pénales, prévues par le livre XV du Code de droit économique. L'entreprise qui se rend responsable d'une infraction aux obligations examinées ci-dessus peut, par ailleurs, faire l'objet d'une action en cessation devant le Président du tribunal de commerce<sup>111</sup>.

Les dispositions que nous avons analysées présentent, par contre, la particularité de ne pas faire l'objet d'un régime complet de sanctions civiles. Le livre VI du Code de droit économique prévoit plusieurs sanctions spécifiques, applicables en cas de non-respect de certaines obligations déterminées. Les livres III et XII ne fixent, par contre, aucune conséquence d'ordre civil à un manquement au devoir d'information et de transparence. Au contraire, s'agissant des obligations du livre XII, il est expressément stipulé à l'article XII.10, alinéa 1<sup>er</sup>, qu'il est permis de déroger conventionnellement à la plupart de celles-ci dans les rapports entre entreprises. Elles ne présentent donc un caractère impératif que dans les contrats conclus par un prestataire d'un service de la société de l'information avec un consommateur.

Nous examinons ci-dessous les quelques sanctions d'ordre civil proposées par le Code de droit économique.

titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2015-2016, Doc 54-1893/001, p. 15.

<sup>107</sup> Art. VI.91, § 2, du C.D.E.

<sup>108</sup> Par exemple, pour la sanction du non-respect de l'obligation d'information sur le droit de rétractation, qui est réglé par la directive 2011/83/UE sur le droit des consommateurs.

<sup>109</sup> E. TERRY, « Transparantie en algemene voorwaarden – Nood aan hervorming? », *T.P.R.*, 2017, p. 43.

<sup>110</sup> Art. 24 de la directive.

<sup>111</sup> Art. XVII.1 du C.D.E.



**23. Allongement du délai de rétractation.** Sous l'empire de la loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, le non-respect du devoir d'information portant sur le droit de rétractation avait pour conséquence que le bien ou le service était réputé fourni au consommateur sans demande préalable de sa part et, par conséquent, sans qu'il soit tenu d'en payer le prix ou de le restituer<sup>112</sup>. Désormais, en vertu de l'article VI.48 du Code de droit économique, ce déficit d'information conduit exclusivement à une prolongation du délai de rétractation, pendant une période de douze mois, prenant cours à l'échéance du délai de rétractation initial<sup>113</sup>. Au terme de cette période de douze mois et quatorze jours, le consommateur ne peut plus se délier du contrat qu'il a conclu.

Bien que l'article VI.48 ne traite que de l'hypothèse d'un déficit d'information préalable à la conclusion du contrat, certains auteurs considèrent que la sanction doit être généralisée, et qu'elle doit s'appliquer également en cas de défaut de confirmation de l'existence d'un droit de rétractation, postérieurement à la conclusion du contrat, en violation de l'article VI.46, paragraphe 7<sup>114</sup>. On peut toutefois douter que cette mesure, en ce qu'elle constitue une forme de sanction, puisse faire l'objet d'une interprétation extensive.

Durant la période de prolongation du délai de rétractation, si le consommateur décide de se rétracter du contrat à distance qu'il a souscrit, l'entreprise est tenue de lui rembourser les montants payés<sup>115</sup>. Le consommateur n'est par ailleurs pas responsable d'une éventuelle dépréciation des biens<sup>116</sup>. Le déficit initial d'information peut donc avoir des conséquences lourdes pour l'entreprise, qui pourrait être confrontée à une rétractation du consommateur plusieurs mois après avoir engagé la relation contractuelle, étant ainsi amenée à rembourser au consommateur les sommes engagées, en dépit de l'exécution totale ou partielle des prestations convenues. Le risque d'une telle sanction doit toutefois être relativisé. Ce remède doit en effet être connu du consommateur, l'entreprise n'étant pas tenue de l'en informer, ce qui affecte son efficacité<sup>117</sup>.

**24. Frais supplémentaires.** Au-delà du droit de rétractation, l'article VI.45, paragraphe 5, prévoit une autre sanction en cas de déficit d'information dans la formation du contrat, en ce qu'il impose à l'entreprise qui n'a pas communiqué au sujet des frais supplémentaires de transport, de livraison et autres, ou des frais de renvoi du bien en cas de rétractation, de supporter ceux-ci.

**25. Caractère contraignant des informations transmises.** L'article VI.45, paragraphe 4, pourrait constituer une sanction indirecte, en cas d'information erronée transmise par l'entreprise au consommateur, avant la conclusion du contrat. Il prévoit en effet que les informations communiquées par l'entreprise au stade précontractuel font partie intégrante du contrat à distance et ne peuvent être modifiées, à moins que les parties n'en décident autrement de manière expresse.

<sup>112</sup> Art. 46, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

<sup>113</sup> L'article VI.48, al. 2, du C.D.E. prévoit que si l'entreprise se conforme à son obligation d'information endéans la période de prolongation de douze mois, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours prenant cours au moment où l'information est communiquée au consommateur.

<sup>114</sup> R. STEENNOT e.a., *op. cit.*, 2015, p. 1632.

<sup>115</sup> Art. VI.50, al. 1<sup>er</sup>, du C.D.E.

<sup>116</sup> Art. VI.51, § 2, du C.D.E.

<sup>117</sup> H. JACQUEMIN, *op. cit.*, 2015, p. 399.

En vertu de cette disposition, et sous réserve de l'abus de droit, le consommateur pourrait exiger de l'entreprise qu'elle exécute le contrat à distance conformément aux éléments présentés au stade précontractuel, en dépit du fait que ceux-ci s'avèrent ultérieurement erronés. Il pourrait également se prévaloir d'un manquement contractuel, à défaut pour l'entreprise de respecter les informations communiquées – par exemple en termes de délais<sup>118</sup>.

**26. Remboursement des paiements supplémentaires n'ayant pas fait l'objet d'un consentement exprès.** Placé dans la section consacrée à tous les contrats de consommation, l'article VI.41 prévoit qu'avant que le consommateur ne soit lié par un contrat ou une offre, l'entreprise doit obtenir son consentement exprès à tout paiement supplémentaire à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale. Si l'entreprise n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur, mais qu'elle l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire, le consommateur a droit au remboursement de ces montants s'ils ont été payés. Cette sanction s'applique notamment dans l'hypothèse où des montants complémentaires ont été réclamés au consommateur du fait de l'application de cases pré-cochées.

**27. Résiliation sans frais.** On mentionnera également que dans l'hypothèse d'un contrat à distance de services financiers, la violation du devoir d'information relatif au service financier ou au contrat en lui-même<sup>119</sup> – ce qui inclut le fait de ne pas avoir fourni ces informations sur un support papier ou sur un autre support durable<sup>120</sup> – autorise le consommateur à résilier le contrat sans frais ni pénalités. Cette résiliation doit toutefois intervenir dans un délai raisonnable à partir du moment où le consommateur a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations<sup>121</sup>.

#### b. Sanction d'une pratique commerciale déloyale

**28. Restitution des sommes payées dans le cadre d'un contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale.** Au-delà des sanctions ponctuelles envisagées par le Code de droit économique, lorsqu'il est révélateur d'une pratique commerciale déloyale, le non-respect des obligations imposées par le livre VI peut être sanctionné sur la base de l'article VI.38. Celui-ci prévoit que lorsqu'un contrat est conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale, le consommateur peut solliciter le remboursement des sommes qu'il a payées en exécution du contrat, sans restitution du produit livré.

La localisation de l'article VI.38 dans le Code de droit est sujette à critiques<sup>122</sup>. Il eût en effet été plus judicieux de le localiser sous le titre sanctionnant les pratiques commerciales interdites, plutôt que de le dissimuler dans les dispositions générales applicables aux contrats conclus avec les consommateurs, avant même d'exposer les principales obligations régissant ce type de contrat.

<sup>118</sup> R. STEENNOT e.a., *op. cit.*, 2015, p. 1624.

<sup>119</sup> Art. VI.55, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, du C.D.E.

<sup>120</sup> Art. VI.57 du C.D.E.

<sup>121</sup> Art. VI.60 du C.D.E.

<sup>122</sup> R. STEENNOT, « Commentaar bij Artikel VI.38 WER », *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer; Wetboek Economisch Recht, Boek VI. Titel 3. Overeenkomsten met consumenten*, 2014, p. 114.



Le dispositif visant l'interdiction des pratiques commerciales déloyales se structure à trois niveaux<sup>123</sup>, aux articles VI.92 et suivants du Code de droit économique :

- Les articles VI.100 et VI.103 contiennent une liste de pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances<sup>124</sup>.
- Les articles VI.97 à VI.99 et VI.101 et VI.102 comportent une norme d'interdiction dite « semi-générale », visant les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives.

En vertu de l'article VI.97, une pratique commerciale peut être déclarée trompeuse si elle contient des informations fausses ou est susceptible d'induire le consommateur moyen en erreur au sujet notamment des caractéristiques du produit, de son prix, de son mode de calcul ou de l'existence d'un avantage spécifique quant au prix, ainsi que des droits du consommateur, et pour autant que la pratique amène le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Par ailleurs, l'article VI.99 interdit les omissions trompeuses, à savoir les omissions visant une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause. L'omission l'amène, ou est susceptible de l'amener, à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Les caractéristiques du produit, son prix ou la manière dont il est calculé, ainsi que l'existence du droit de rétractation, constituent des informations substantielles dont l'absence de communication peut constituer une omission trompeuse.

- Enfin, l'article VI.93 comporte une norme générale qualifiant de pratique commerciale déloyale tout agissement contraire aux exigences de la diligence professionnelle, qui altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen.

L'article VI.38 distingue deux hypothèses dans lesquelles un remboursement peut être obtenu par le consommateur. Selon son alinéa 1<sup>er</sup>, en cas de pratique commerciale déloyale visée à l'article VI.100, 12<sup>o</sup>, 16<sup>o</sup> et 17<sup>o</sup>, et à l'article VI.103, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup>, le consommateur peut, dans un délai raisonnable, exiger le remboursement des sommes payées, sans restitution du produit livré. Dans cette première hypothèse, en cas de refus de l'entreprise de donner suite à la réclamation du consommateur, si le juge constate l'existence de la pratique commerciale déloyale dénoncée par le consommateur, il doit faire droit à sa demande de remboursement<sup>125</sup>. Sa seule marge d'appréciation porte sur la question du délai dans lequel la demande est formulée, lequel doit présenter un caractère raisonnable.

<sup>123</sup> Pour une analyse détaillée de ce dispositif, voy. C. DELFORGE, « Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs », in N. THIRION (dir.), *Actualités en matière de pratique du marché et protection du consommateur*, coll. CUP, vol. 125, Limal, Anthemis, 2011, pp. 8-39.

<sup>124</sup> Il s'agit de la transposition de la liste figurant à l'annexe I de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil.

<sup>125</sup> R. STEENNOT, *op. cit.*, 2014, p. 114.

Dans le cas où le contrat est conclu à la suite d'une autre pratique commerciale déloyale, l'article VI.38, alinéa 2, prévoit que le juge « peut » ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées. Il ne s'agit pas d'une obligation pour le magistrat, qui pourrait par exemple refuser le remboursement si les finalités poursuivies par la mesure de protection violée par l'entreprise ont été atteintes par ailleurs, ou si les intérêts économiques du consommateur n'ont pas été lésés<sup>126</sup>. Le magistrat peut également apprécier si la mesure demandée par le consommateur est proportionnée, en tenant compte de facteurs tels que l'importance de la pratique déloyale dénoncée, son incidence sur le comportement du consommateur et ses conséquences financières, ainsi que l'ampleur du préjudice subi par le consommateur<sup>127</sup>. Certains auteurs estiment que le magistrat pourrait même modaliser la sanction<sup>128</sup>. Ceci ne ressort toutefois pas expressément du texte légal.

Dans une décision du 1<sup>er</sup> février 2017, le juge de paix de Charleroi a fait application de cette disposition, en refusant le paiement revendiqué à charge d'un consommateur dans le cadre d'un contrat de fourniture de gaz et d'électricité, après avoir constaté un déficit d'information du consommateur, notamment quant aux tarifs appliqués. Le juge de paix a expressément constaté que l'obligation prévue par l'article VI.46, paragraphe 7, du Code de droit économique, consistant à fournir au consommateur la confirmation du contrat conclu sur un support durable reprenant les informations listées à l'article VI.45, et en particulier le mode de calcul du prix, n'avait pas été rencontrée. Le magistrat cantonal a par ailleurs, considéré qu'une pratique trompeuse avait été commise, relevant que l'information déficitaire était un élément substantiel au sens de l'article VI.99 du Code de droit économique. Il a ensuite décidé que ceci justifiait que soit rejetée la demande de paiement formulée par le fournisseur de gaz et d'électricité<sup>129</sup>.

Une interprétation littérale des termes de l'article VI.38 pourrait conduire à exiger, pour faire droit à la demande de remboursement du consommateur, que celui-ci démontre l'existence d'un lien causal entre la pratique commerciale déloyale et le contrat litigieux<sup>130</sup>. Il appartiendrait dès lors au consommateur de démontrer que la pratique commerciale déloyale a eu un impact déterminant sur la conclusion du contrat<sup>131</sup>. Dans sa décision du 1<sup>er</sup> février 2017, le juge de paix de Charleroi a privilégié une interprétation moins stricte du texte légal. Un lien doit sans doute exister entre la pratique commerciale déloyale et la conclusion du contrat. Ainsi, on pourrait considérer que la sanction de l'article VI.38 ne trouve pas à s'appliquer lorsque le contrat aurait en toute hypothèse été conclu par le consommateur, en dépit de la pratique commerciale déloyale<sup>132</sup>. Néanmoins, on peut difficilement exiger qu'il soit démontré que ce lien ait eu un caractère déterminant, au risque de priver l'article VI.38 d'effet dans nombre d'hypothèses, ce qui poserait une question de conformité au texte de l'article 24 de la directive 2011/83/UE sur les droits

<sup>126</sup> H. JACQUEMIN, « Manquement à l'obligation d'information sanctionné conformément à l'article VI.38 du Code de droit économique », *J.J.P.*, 2017, p. 522.

<sup>127</sup> R. STEENNOT, *op. cit.*, 2014, p. 112.

<sup>128</sup> C. DELFORGE, *op. cit.*, 2011, p. 38 ; R. STEENNOT, *op. cit.*, 2014, p. 112.

<sup>129</sup> J.P. Charleroi, 1<sup>er</sup> février 2017, *J.J.P.*, 2017, p. 511.

<sup>130</sup> L'article VI.38 C.D.E. s'applique en effet « lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale ».

<sup>131</sup> E. TERRY, « Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken », *Handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, p. 84.

<sup>132</sup> R. STEENNOT, *op. cit.*, 2014, p. 116.



des consommateurs, qui prévoit que les sanctions prévues par les États membres doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Dans le même ordre d'idées, bien que la notion de pratique commerciale déloyale couvre les pratiques développées avant, pendant et après la conclusion du contrat vis-à-vis des consommateurs<sup>133</sup>, il pourrait être soutenu que seule une pratique commerciale déloyale intervenue au stade de la formation du contrat, c'est-à-dire avant ou au moment de sa conclusion, pourrait justifier l'application de cette sanction. Il en résulte que l'article VI.38 ne pourrait être invoqué en vue de sanctionner un manquement aux obligations imposées par le livre VI du Code de droit économique, intervenu après la conclusion du contrat à distance<sup>134</sup>.

Enfin, l'article VI.38, alinéa 3, stipule qu'en cas de fourniture non demandée au consommateur au sens de l'article VI.103, 6° – ce qui constitue une pratique commerciale déloyale en toutes circonstances – le consommateur est dispensé du paiement du prix ou de toute autre contre-prestation, sans qu'on puisse déduire de son absence de réponse un quelconque consentement dans son chef. Cette sanction vise la fourniture de toute forme de produit (biens ou services) aux consommateurs. Elle permet au consommateur de conserver le produit livré – il s'agit parfois d'un service déjà exécuté – sans devoir en payer le prix<sup>135</sup>.

### c. Sanctions de droit commun

**29. Validité du contrat.** À défaut de sanction spécifique prévue par le Code de droit économique, ou, le cas échéant, en complément à une sanction spécifique, c'est le droit commun des obligations qui doit être mobilisé. À ce titre, il faut tout d'abord vérifier que le contrat conclu dans l'environnement numérique s'est régulièrement formé, ce qui implique qu'il ait fait l'objet du consentement de chacune des parties.

Les obligations d'information et de transparence imposées par le Code de droit économique – à tout le moins lorsqu'elles visent la phase antérieure ou concomitante à la conclusion du contrat – ont pour vocation principale de protéger le consentement de la partie destinataire de l'information, en veillant à ce qu'elle soit correctement éclairée quant aux conditions principales du contrat<sup>136</sup>.

**30. Vice de consentement.** Le contrat formé à la suite d'un vice de consentement peut être annulé, sur la base de l'article 1109 du Code civil, à condition, pour la personne qui se prévaut du vice, de démontrer qu'elle n'aurait pas consenti au contrat si la formalité omise avait été correctement exécutée.

<sup>133</sup> Art. VI.92 du C.D.E.

<sup>134</sup> On vise par exemple l'hypothèse où les informations devant être communiquées au consommateur, sur support durable, après la conclusion du contrat, conformément à l'article VI.46 C.D.E., ne lui seraient pas fournies.

<sup>135</sup> R. STEENNOT, « Telecomoperator die niet kan bewijzen dat de consument zijn toestemming heeft verleend, kan geen betaling verlangen », *D.C.C.R.*, 2011, p. 95.

<sup>136</sup> H. JACQUEMIN et E. DE DUVE, « L'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs », in X., *Contrats et protection des consommateurs*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2016, p. 13.

Dans le cadre de la réforme du Code civil, l'avant-projet de loi présenté par le Ministre propose d'insérer à l'article 21, alinéa 3, du Livre VI du nouveau Code civil, une disposition qui fait un lien direct entre l'information précontractuelle et les vices de consentement. Elle prévoit qu'« outre la responsabilité précontractuelle, la violation d'un devoir d'information peut conduire à la nullité du contrat s'il est satisfait aux exigences établies à l'article 37 ». L'article 37 en projet traite des vices de consentement dans la formation du contrat. Parmi les vices de consentement identifiés dans la nouvelle mouture du Code civil, figure l'abus de circonstance, qui désigne la situation dans laquelle « il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie »<sup>137</sup>. Cette situation donne à la victime la possibilité de solliciter l'adaptation de son obligation par le juge ou, si l'abus est déterminant, de demander la nullité du contrat.

**31. Inopposabilité des conditions générales.** On relève, par ailleurs, que certaines règles introduites par le Code de droit économique influencent la question de l'opposabilité des conditions générales<sup>138</sup>. En effet, le non-respect des obligations figurant aux articles III.74 et XII.7, par exemple, peut être de nature à convaincre le juge que les conditions générales n'ont pas été portées à la connaissance du cocontractant avant la conclusion du contrat, ou qu'elles n'ont pas été acceptées par lui. Le déficit d'information ou de transparence relatif aux conditions générales peut ainsi être sanctionné par l'exclusion de celles-ci du champ contractuel<sup>139</sup>.

**32. Autres mesures tirées de la théorie générale des contrats.** Au-delà des sanctions précédemment évoquées, l'article 1382 du Code civil peut également être invoqué, en vue de sanctionner un déficit d'information lors de la phase précontractuelle, et obtenir réparation du dommage causé par celui-ci.

Les différentes sanctions présentées ciblent principalement un manquement aux obligations fixées par le Code de droit économique qui sont antérieures ou concomitantes à la formation du contrat. Ils trouvent difficilement à s'appliquer lorsque le non-respect porte sur une formalité imposée après la conclusion du contrat. Néanmoins, lorsqu'une obligation d'information postérieure à la formation du contrat a été violée, et à défaut de sanction spécifique, le destinataire pourrait chercher à se prévaloir d'autres solutions, telles que l'exception d'inexécution, l'exécution en nature de l'obligation ou la réparation du préjudice contractuel causé, voire la résolution du contrat pour faute<sup>140</sup>.

## II. PREUVE DU CONTRAT DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE

**33. Un litige peut se perdre (ou se gagner) sur une question de preuve.** Pour souligner l'importance pratique des règles de preuve, l'adage *idem est non esse aut non probari* est généralement rappelé. Il signifie qu'à défaut de preuve valable, si un litige survient, il sera extrêmement difficile à la partie sur laquelle repose la charge de la preuve de faire valoir

<sup>137</sup> Art. 41.

<sup>138</sup> D. PHILIPPE et L.-A. NYSSSEN, « L'opposabilité des conditions générales », in C. VERDURE (dir.), *Contrats et protection des consommateurs*, Limal, Anthemis, 2016, p. 113.

<sup>139</sup> Sur cette question, voy. E. TERRY, *op. cit.*, 2017, pp. 35-39.

<sup>140</sup> H. JACQUEMIN et E. DE DUVE, *op. cit.*, 2016, p. 39.



ses droits<sup>141</sup>. Aussi pourrait-elle perdre le procès, avec les conséquences potentiellement négatives qui en résultent.

Les technologies de l'information et de la communication constituent désormais une réalité quotidienne, notamment en matière contractuelle. Les contrats imprimés sur le papier, au bas desquels chaque partie appose sa signature manuscrite, sont ainsi remplacés, de plus en plus souvent, par des documents électroniques, transmis par courriels et munis – mais très rarement – d'une signature électronique présentant un niveau élevé de sécurité juridique. De même, de nombreuses conventions sont désormais conclues, par des consommateurs, à travers le site internet du prestataire (un fournisseur d'énergie ou de services de communication électronique, par exemple), voire une application mobile téléchargée sur un smartphone ou une tablette.

Aussi la question se pose-t-elle de savoir si les procédés utilisés par les parties dans un contexte dématérialisé (échange de courriels, documents pdf, case à cocher, etc.) pourront constituer des moyens de preuve valable, d'un niveau au moins équivalent aux procédés correspondants dans l'environnement papier.

**34. Plan de cette partie II.** Que l'on soit dans un environnement numérique ou traditionnel, il importe, dans un premier temps, d'identifier la partie sur laquelle repose la charge de la preuve (A). À l'issue de cette analyse, nous dresserons un rapide panorama des moyens de preuve susceptibles d'être mis en œuvre, tout en identifiant ceux qui pourraient poser des difficultés au moment d'être accomplis par voie électronique (B). Enfin, nous verrons comment lever les obstacles à l'accomplissement des formes probatoires dans l'environnement numérique (C).

#### A. QUI DOIT PROUVER ?

**35. Principe établi à l'article 1315 du Code civil.** L'article 1315 du Code civil désigne la partie qui supporte le fardeau de la preuve<sup>142</sup> et, corrélativement, le risque de la preuve, avec les conséquences qui en résultent sur l'issue du litige.

<sup>141</sup> Pour F. GÉNY, « L'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve, que celle-ci en reste la première condition d'efficacité » (*Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 110, n° 205). H. DE PAGE note aussi que « la preuve est, dans son principe, de nécessité absolue en droit. Ce qui n'est pas prouvé n'est pas affecté, pour cela, dans son existence, sans doute, mais est pratiquement privé de toute utilité, est frappé de stérilité » (*Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 695, n° 707). Voy. aussi J. DABIN, « La technique de la preuve juridique, spécialement en droit civil », *B.J.*, 1932, col. 353 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 49 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, (refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, p. 350, n° 620 ; P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 899, n° 4 ; Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 3 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », note sous Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 70, n° 5 ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 20, n° 160.

<sup>142</sup> Voy. aussi l'art. 870 C. jud., en vertu duquel « chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue ».

En principe, il incombe au créancier de démontrer que l'obligation doit être exécutée<sup>143</sup>. Comme l'énonce l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, « réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » (*reus in excipiendo fit actor*).

Deux phases doivent être clairement distinguées.

Prenons l'exemple d'un litige opposant un fournisseur d'énergie ou de services de communications électroniques, créancier, à un consommateur, débiteur d'une obligation de paiement.

C'est au premier qu'il incombera de démontrer l'existence du contrat, avec une obligation de paiement du prix dans le chef du second (1<sup>re</sup> phase).

S'il y parvient, c'est par contre sur le consommateur bénéficiaire des services que repose la charge de démontrer, en cas de contestation, que le prix a été payé et, par conséquent, qu'il s'est acquitté de son obligation (2<sup>e</sup> phase).

**36. Illustrations.** Pour illustrer la mise en œuvre de ces principes, on peut citer des décisions rendues par les juridictions cantonales au cours des dernières années<sup>144</sup>.

Dans une décision du 3 novembre 2015<sup>145</sup>, le juge de paix de Wavre rappelle les termes de l'article 870 du Code judiciaire et fait logiquement peser la charge de prouver l'existence du contrat sur le fournisseur de services de communications électroniques (opposé, dans ce litige, à un consommateur, pour le paiement de factures en souffrance). Aucun moyen de preuve de nature à convaincre le juge n'étant produit (1<sup>re</sup> phase), il déclare logiquement la demande non fondée.

Par jugement rendu le 13 novembre 2015 par le juge de paix de Forest<sup>146</sup>, la charge de la preuve repose également sur le fournisseur qui réclame un paiement au consommateur mais, cette fois, la demande est déclarée fondée : les moyens de preuve avancés par le fournisseur sont jugés convaincants (1<sup>re</sup> phase), le consommateur n'établissant pas, par ailleurs, qu'il aurait exécuté ses obligations (2<sup>e</sup> phase).

On peut également citer un jugement prononcé le 18 septembre 2015 par le juge de paix de Bruxelles<sup>147</sup>, dans un litige relatif au paiement des factures de consommation d'énergie (gaz), d'un montant de 842,76 euros. Un contrat aurait été conclu par internet, ce que le consommateur conteste, s'estimant victime d'une usurpation d'identité. Une plainte a

<sup>143</sup> Art. 1315, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. Aussi exprimé par l'adage *Actori incumbit probatio*.

<sup>144</sup> Sur ce point, voy. H. JACQUEMIN, « Qui ne dit mot consent ? Le silence du consommateur peut-il constituer une preuve de l'existence du contrat ? », note sous J.P. Forest, 13 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, pp. 466 et s.

<sup>145</sup> J.P. Wavre, 3 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 463, note. On relève que les éléments de fait du litige tel que présentés dans la décision ne permettent pas d'établir si le contrat a été conclu en ligne ou pas. Voy. aussi J.P. Etterbeek, 17 juin 2016, *J.J.P.*, 2017, p. 546, qui décide qu'il incombe à la société de distribution d'eau de démontrer la preuve du contrat (*quod non* en l'espèce).

<sup>146</sup> J.P. Forest, 13 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 465, note H. JACQUEMIN. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat conclu à distance, par téléphone, suivi d'une confirmation écrite transmise par le fournisseur.

<sup>147</sup> J.P. Bruxelles, 18 septembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 462, note.



d'ailleurs été déposée, avant d'être classée sans suite. Le juge décide que « le contrat ou le paiement des facturations et/ou provisions par le [consommateur] relatif à la fourniture de gaz et d'électricité n'est pas établi ». Il ajoute qu'« on ne peut pas exiger du [consommateur] la preuve réelle et absolue du délit dont il se dit victime. La vraisemblance du délit commis par un tiers, en l'occurrence A., est établie de sorte qu'il y a un doute sur la réalité du contrat ». Tenant compte également du fait qu'il n'y a aucun lien entre l'adresse de livraison et le consommateur (dont il n'est ni occupant ni propriétaire), il est décidé que « le doute est apprécié au détriment de celui qui a le fardeau de la preuve de l'existence du contrat », ce qui conduit le juge à déclarer la demande non fondée.

**37. Charge de la preuve régie spécifiquement par le législateur, en droit de la consommation.** Il est important de noter que, dans certaines hypothèses, le législateur est intervenu pour régir spécialement la charge de la preuve. L'objectif est généralement de protéger l'une des parties, supposée en position de faiblesse par rapport à son cocontractant, en imposant à celui-ci de prouver certains éléments (dont la charge ne lui aurait pas nécessairement été attribuée par application du droit commun).

On peut par exemple citer l'article VI.62 du Code de droit économique, qui fait reposer sur l'entreprise « la preuve qu'elle a satisfait aux obligations concernant l'information du consommateur, le respect des délais, le consentement du consommateur à la conclusion du contrat et, le cas échéant, son exécution pendant le délai de rétractation »<sup>148</sup>.

**38. Avant-projet de réforme du Code civil.** Conformément à l'avant-projet de réforme du Code civil relatif à la preuve (du 7 décembre 2017), l'article 2 reprend le double principe énoncé précédemment. Il ajoute qu'« en cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits juridiques allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement ». Par ailleurs, l'avant-projet confirme que le fait négatif doit être prouvé par celui qui a la charge de la preuve, tout en admettant que la vraisemblance de celui-ci est suffisante. L'avant-projet ajoute encore – et c'est une nouveauté législative qui doit être approuvée – que « le juge peut déterminer librement qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents aboutit à un résultat manifestement déraisonnable ». Le magistrat dispose ainsi d'un pouvoir marginal, permettant d'éviter les abus auxquels une application stricte des règles aurait pu mener.

## B. COMMENT DOIT-ON PROUVER ?

**39. Plan des développements.** Après avoir rappelé les principaux modes de preuve régis par le Code civil, ainsi que les éléments à prendre en considération pour choisir l'un plutôt que l'autre, en fonction du risque assumé (a), on examine plus en détail l'exigence de l'écrit (b), ainsi que certains moyens susceptibles d'être invoqués en son absence, à savoir le commencement de preuve par écrit, complété par des présomptions ou témoignages, et l'aveu (c). L'examen de ces modes de preuve alternatifs à l'écrit signé est important

<sup>148</sup> Voy. aussi l'art. VI.63 du C.D.E., aux termes duquel « les clauses et conditions, ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de mettre à la charge du consommateur la preuve du respect de tout ou partie des obligations, visées dans la présente section, incombant à l'entreprise et, en cas de contrats à distance portant sur des services financiers, au fournisseur, sont interdites et nulles. Toute clause par laquelle le consommateur renonce au bénéfice des droits qui lui sont conférés par la présente section est réputée non écrite ».

dans l'environnement numérique, dès lors que des difficultés peuvent être rencontrées au moment d'accomplir valablement la double formalité de manière dématérialisée.

### a. Rappel des principes

**40. Éléments à prendre en considération.** Le Code civil régit actuellement plusieurs modes de preuve : la preuve littérale, les témoignages, les présomptions, l'aveu et le serment<sup>149</sup>. Le choix d'un mode de preuve, plutôt qu'un autre, doit se faire à l'aune de plusieurs considérations.

On rappelle en effet que des modes de preuve ne sont pas *recevables*<sup>150</sup> en toute hypothèse. En outre, certains d'entre eux jouissent d'une *force probante*<sup>151</sup> élevée, quand d'autres sont abandonnés au pouvoir d'appréciation du juge, qui doit déterminer leur *valeur probante*<sup>152</sup>.

De manière schématique, il faut se demander ce qui doit être prouvé et contre qui la preuve doit être apportée.

Suivant les règles actuellement en vigueur, lorsque l'acte est de nature commerciale dans le chef de celui contre qui la preuve doit être apportée, la preuve est libre conformément à l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce. Tous les modes de preuve sont par conséquent *recevables*<sup>153</sup>. Il en va de même s'il s'agit de prouver un acte matériel, un fait juridique ou un acte juridique dont la valeur ne dépasse pas 375 euros. Au-delà de ce montant, les témoignages et les présomptions sont en principe irrecevables en matière civile<sup>154</sup>.

<sup>149</sup> Voy. l'art. 1316 du Code civil. Pour ne pas compliquer inutilement l'exposé, le serment ne sera pas examiné (il est en effet très rarement utilisé).

<sup>150</sup> Lorsqu'il est question de recevabilité, on vise généralement « l'admissibilité d'un mode de preuve en justice » (D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, Livre II, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 84-85, n° 14-2).

<sup>151</sup> La force probante d'un acte est comprise comme « le degré, l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge : acte faisant preuve jusqu'à inscription de faux, jusqu'à preuve du contraire, quelle preuve contraire, commencement de preuve... » (F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486, n° 35). D. MOUGENOT précise le sens de la notion en indiquant que « la force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties » (D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 85, n° 14-2). Cet auteur se fonde notamment sur la définition donnée par N. VERHEYDEN-JEANMART, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 195, n° 397 et s. Voy. aussi H. DE PAGE, qui estime que « la force probante d'un acte, c'est la foi due à cet acte en tant qu'il est retenu comme preuve par la loi. C'est parce qu'il est reconnu comme tel que foi lui est due » (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 749, n° 757).

<sup>152</sup> La valeur probante d'un acte est « son aptitude à emporter la conviction du juge » (D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 85, n° 14-2.). C'est « la crédibilité, la confiance, le crédit, le sérieux que le juge peut lui accorder en conscience » (F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, pp. 486-487, n° 35).

<sup>153</sup> Il n'en résulte toutefois pas que cette recevabilité soit automatique : l'article 25 du Code de commerce énonce en effet que la preuve testimoniale est admise « dans tous les cas où le tribunal croira devoir l'admettre ». Le pouvoir d'appréciation du juge à cet égard est certain.

<sup>154</sup> L'article 1341 du Code civil exige un écrit (acte sous seing privé ou acte authentique) pour prouver les actes juridiques d'une valeur supérieure à 375 euros (1<sup>re</sup> règle) ou pour prouver contre ou outre un écrit (2<sup>e</sup> règle).



Même lorsque la preuve est libre (et que l'écueil de la recevabilité ne se pose pas), les présomptions et les témoignages n'ont pas de force probante<sup>155</sup> : le juge auquel le litige sera soumis devra donc apprécier leur valeur probante.

En matière civile<sup>156</sup> par contre, la preuve par écrit possède une force probante élevée<sup>157</sup>. Quant à l'aveu, il est considéré comme la « reine des preuves », dès lors qu'il est recevable en toute hypothèse et qu'il jouit d'une force probante très élevée.

Tenant compte de ces éléments, une analyse de risque doit être faite par les parties (ou, à tout le moins, par celle qui supporte la charge de la preuve), pour décider si elles optent pour un niveau élevé de sécurité juridique (en recourant à un écrit signé, par exemple) ou si elles sont prêtes à « prendre le risque » (en se contentant de présomptions), eu égard, par exemple, à la valeur des intérêts en présence et à leur expérience de ce type de transactions. Les règles de preuve visent à protéger toutes les parties au contrat, en leur offrant un moyen de preuve efficace (normalement, l'écrit) en cas de contestation. Si, pour des raisons pratiques de rapidité ou de simplicité, elles préfèrent s'en dispenser, rien ne s'y oppose.

On rappellera encore que l'article 1341 du Code civil n'étant ni impératif, ni d'ordre public, les parties sont autorisées à y déroger conventionnellement<sup>158</sup> (et donc, à contourner le risque par le biais de la contractualisation).

<sup>155</sup> H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 957, n° 929 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 414, n° 971 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 318, n° 239.

<sup>156</sup> En matière commerciale, la force probante reconnue à l'écrit perd en effet en intensité : en ce sens, voy. D. MOUGENOT qui considère que « la force probante d'un moyen de preuve déterminé n'est pas nécessairement identique en toute hypothèse. Dans les cas où la preuve par toute voie de droit est admise, même la preuve littérale perd sa suprématie de principe. En matière commerciale ou lorsqu'existe un commencement de preuve par écrit ou une impossibilité de prouver par écrit, rien n'empêche de prouver contre un acte par des témoignages ou des présomptions. Dans le cadre des exceptions à l'article 1341, la force probante des actes est donc affaiblie » (D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 86, n° 14-2). En admettant même que les règles relatives à la force probante des écrits (art. 1319 et 1322 C. civ.) demeurent d'application (cf. P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2233, n° 1633, qui estime que le juge commercial doit respecter « la règle de la foi due aux actes de la même manière que le juge civil »), il faut reconnaître que celle-ci n'est plus absolue puisqu'un témoignage ou une présomption pourrait emporter la conviction du juge contre un écrit. Certes, on arguera qu'en tant que telle, seule la recevabilité (et pas la valeur probante) des témoignages ou des présomptions est visée par les articles 1341, alinéa 2, du Code civil et 25, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce. Cependant, l'admissibilité de ces moyens de preuve perdrait tout son sens si, au moment d'apprécier leur valeur probante, le juge devait nécessairement décider que l'écrit est supérieur aux témoignages ou aux présomptions sur ce point.

<sup>157</sup> Entre parties, l'acte sous seing privé (pour l'acte authentique, voy. l'art. 1319 C. civ.) possède une force probante élevée dans la mesure où le pouvoir d'appréciation du juge est extrêmement réduit : une fois passé le préalable de la reconnaissance, on présume que l'écrit émane du signataire et que celui-ci a adhéré à son contenu. Quelle que soit sa conviction, le juge ne peut décider de ne pas tenir compte de ce que l'acte prescrit.

<sup>158</sup> En doctrine, de manière générale, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 747-748, n° 737 ; J. LIMPENS et R. KRUTHOF, « Examen de jurisprudence (1960-1963). Les Obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 543, n° 148 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 156, n° 238 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 148 et s., n° 303 et s. ; O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, pp. 115 et s. ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 21, n° 210. En jurisprudence, voy. not. Cass., 1<sup>er</sup> juillet 1926, *Pas.*, 1927, I, p. 37 ; Cass., 6 janvier 1927, *Pas.*, 1927, I, p. 119 (de manière générale, sur les règles de preuve) ; Cass., 26 avril 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 149 ; Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29 ; Cass., 21 septembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 8 ; Cass., 11 juin 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 700 ; Bruxelles, 6 février 1961, *Pas.* 1962, II, p. 150 ; Cass., 27 juin 1963, *Pas.*,

**41. Règles de preuve spécifiques dans certains secteurs, notamment en matière d'assurance.** L'article 64 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances<sup>159</sup> impose l'établissement d'un écrit, signé<sup>160</sup> et revêtu de diverses mentions informatives, pour prouver le contrat d'assurance et ses modifications. Le cas échéant, l'article 1325 du Code civil doit également être observé<sup>161</sup> : aussi faut-il, toujours dans une perspective probatoire, établir autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Partant du postulat que le secteur souhaite aller vers davantage de dématérialisation, pour conclure le contrat d'assurance en tant que tel, ou accomplir diverses formalités requises lors de la phase précontractuelle ou en cours d'exécution du contrat, la question se pose de savoir comment accomplir valablement d'autres exigences requises dans l'environnement numérique. La lettre recommandée (ou l'envoi recommandé) est ainsi prévue pour la résiliation du contrat d'assurance<sup>162</sup> ou pour la sommation envoyée en cas de défaut de paiement de la prime à l'échéance<sup>163</sup>. Aussi pourra-t-on se référer utilement aux dispositions du règlement eIDAS en matière de service d'envoi recommandé électronique (*infra*, n° 60). On sait par ailleurs que le contrat d'assurance se forme généralement par étapes, marquées par l'échange de l'un des documents visés à l'article 57 de la loi du 4 avril 2014 : la proposition d'assurance, la police présignée ou la demande d'assurance. Aux

1963, I, p. 1131 ; Cass., 15 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1118 ; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 695 ; Cass., 24 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 651.

<sup>159</sup> Cette disposition reprend, à droit constant, l'ancien article 10 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Aussi peut-on avoir égard aux analyses consacrées à l'application de cette disposition dans l'environnement numérique – ou, de manière générale, à la conclusion du contrat d'assurance en ligne. Voy. not. K. TROCH et Ph. COLLE, « Verzekeringen & Internet : Living apart together ? », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 633 et s. ; Ch.-A. VAN OLDENEEL, « Contrats électroniques d'assurance », *E-Business en assurance*, Dossier du *Bull. ass.* n° 9, 2003, pp. 85 et s. ; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 145 et s., n° 195 et s. ; H. JACQUEMIN, « Conclusion et preuve du contrat d'assurance dans l'environnement numérique », *Forum de l'assurance*, 2010, n° 100, *La preuve en assurance*, pp. 249-255 ; Ph. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Antwerpen, Intersentia, 2011, pp. 41-43, n° 43 ; H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance : analyse des règles en vigueur à l'aune des progrès techniques et de certaines pratiques contractuelles », *La loi sur le contrat d'assurance terrestre*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 43 et s. ; J. DUMORTIER, « Elektronische handtekening : juridische en praktische aspecten », *Bull. ass.*, dossier 2013, n° 19, pp. 85 et s. ; P. VAN EECKE, « Nieuwe wetgeving vertrouwdsdiensten in de maak », *Bull. ass.*, dossier 2013, n° 19, pp. 113 et s. ; H. JACQUEMIN, « La conclusion du contrat d'assurance par voie électronique », *Bull. ass.*, dossier 2013, n° 19, pp. 37 et s.

<sup>160</sup> Même si l'exigence n'est pas expressément mentionnée, on estime généralement que, comme en droit commun, l'écrit requis doit être revêtu de la signature de la partie contre laquelle il faut prouver (E. VIEU-JEAN, « Le contrat d'assurance aujourd'hui », *Questions de droit des assurances*, Liège, Éditions du Jeune Barreau, 1996, p. 196 ; K. TROCH et Ph. COLLE, « Verzekeringen & Internet : Living apart together ? », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 646, n° 17 ; Ch.-A. VAN OLDENEEL, « Contrats électroniques d'assurance », *E-Business en assurance*, Dossier du *Bull. ass.* n° 9, 2003, p. 107. En jurisprudence, voy. par ex. Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 132, note Ph. COLLE ; Civ. Bruges, 22 novembre 1995, *T.A.V.W.*, 1997, p. 199 ; Gand, 5 février 2004, *Bull. ass.*, 2004, p. 687).

<sup>161</sup> Tel est le cas lorsqu'il s'agit de prouver contre le preneur et que le contrat est de nature civile dans son chef. Dans un arrêt du 20 janvier 1984, la Cour de cassation a rappelé que, conformément à l'article 25 de la loi du 11 juin 1874 (actuellement, l'article 64 de la loi du 4 avril 2014), le contrat d'assurance doit être prouvé par écrit. Elle précise néanmoins qu'« en raison de l'article 25 du Code de commerce, l'article 1325 du Code civil n'est pas applicable et [...] plusieurs originaux ne devaient pas être rédigés » (Cass., 20 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 552).

<sup>162</sup> Voy. l'art. 18, § 1<sup>er</sup>, l'article 84, l'article 86 et l'article 100 de la loi du 4 avril 2014.

<sup>163</sup> Art. 70 de la loi du 4 avril 2014.



termes de l'article 57, § 7, de la loi du 4 avril 2014, ces trois documents doivent également être datés par l'assureur, dès leur réception, pour éviter les abus et « accroître la sécurité juridique à l'occasion d'un processus où la chronologie revêt une grande importance »<sup>164</sup>. En effet, plusieurs délais prennent cours à la réception des documents. Dans le cadre d'une procédure dématérialisée, la compagnie d'assurance pourra utiliser les services d'horodatage électronique tels que régis par le règlement eIDAS (*infra*, n° 60).

#### 42. Principales nouveautés introduites par l'avant-projet de réforme du Code civil.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut pointer les éléments suivants. Le principe semble être désormais la liberté de la preuve, telle que consacrée à l'article 4 et aux termes duquel « hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous moyens de preuve ». La preuve par écrit reste toutefois requise, pour prouver les actes juridiques d'une valeur supérieure à 5.000 euros et pour prouver contre ou outre un écrit (art. 5).

L'« entreprise » remplace (enfin) le « commerçant » et la liberté de la preuve en matière commerciale est transposée à cette entité (art. 7) : tout moyen de preuve est en effet admissible pour prouver contre une entreprise (par une autre entreprise ou par une personne qui n'a pas cette qualité). L'avant-projet ajoute que « la règle énoncée à l'alinéa 1<sup>er</sup> ne s'applique pas non plus, à l'égard des personnes physiques exerçant une entreprise, à la preuve des actes manifestement étrangers à l'entreprise ».

#### b. L'écrit : moyen de preuve efficace mais susceptible de poser des difficultés au moment d'être accompli dans l'environnement numérique

**43. Acte sous seing privé.** L'article 1341 du Code civil exige un « acte devant notaire ou sous signature privée » pour prouver les actes juridiques d'une valeur supérieure à 375 euros ou pour prouver contre ou outre un écrit. Nous nous limitons aux actes sous seing privé, qui requièrent l'accomplissement d'une double formalité : l'écrit et la signature des parties (ou à tout le moins de celle à laquelle l'acte est opposé).

L'écrit requis conformément à l'article 1341 du Code civil a pour but d'éviter les contestations en offrant un mode de preuve efficace. Plus précisément, le législateur donne la prééminence à la preuve écrite pour écarter les témoignages et les présomptions. Ce choix se comprend sans peine eu égard aux fonctions de l'écrit, qui garantissent la lisibilité, la pérennité et, même si cette fonction est plus contestée, l'intégrité des informations<sup>165</sup>. Ni les présomptions ni les témoignages n'apportent de garanties similaires. D'ailleurs, même en matière commerciale où la preuve est libre, force est de reconnaître qu'en pratique – et en toute logique – le juge aura tendance à accorder plus de foi à un écrit signé par les parties, même s'il est contredit par des témoignages ou des présomptions. Comme le note un auteur, « malgré les facilités que donne l'article 25 du Code de commerce, il subsiste une méfiance généralisée à l'égard du témoignage lorsqu'il s'agit de prouver des contrats et bien plus encore lorsqu'il est question de prouver contre un écrit »<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 144, n° 192.

<sup>165</sup> Sur les fonctions de l'écrit, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 121 et s., n° 73 et s.

<sup>166</sup> D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 145, n° 56. En ce sens, J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles,

Les formalités de l'écrit et de la signature ont, d'abord et avant tout, été conçues dans un environnement « papier ». Aussi la question se pose-t-elle de savoir comment les accomplir valablement dans l'environnement numérique. Plus précisément, il s'agira d'établir si un courriel répond à ces exigences ou si les pages transactionnelles d'un site internet, où le client est invité à s'identifier et à cocher une case suivant laquelle il a lu et accepté les conditions générales, peut être qualifié d'écrit signé, apte à prouver l'existence du contrat et son contenu. Nous y reviendrons par la suite (*infra*, n° 55-56).

**44. Formalités complémentaires.** Les articles 1325 et 1326 du Code civil conditionnent la régularité des actes sous seing privé établis conformément à l'article 1341 du Code civil, à l'accomplissement de formalités complémentaires.

Aux termes de l'article 1325, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». Le champ d'application de la règle – généralement qualifiée de formalité du « double » ou des « originaux multiples » – est précisément circonscrit, ce qui contribue *de facto* à réduire le formalisme qu'elle impose. Elle ne vise en effet que la preuve, en matière civile et par acte sous seing privé, des contrats synallagmatiques. On conçoit sans peine comment accomplir valablement la formalité dans l'environnement « papier » traditionnel : les parties établissent autant de supports « papier » qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

En cas de dématérialisation du processus contractuel, par contre, on peut se demander quel procédé devra être mis en œuvre pour accomplir valablement la formalité (à ce sujet, voy. *infra*, n° 59).

La même question se pose pour l'application de l'article 1326 du Code civil (formalité du « bon pour » – pour des réponses, voy. *infra*, n° 58). En vertu de cette disposition, « le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ». En exigeant du débiteur qu'il rédige l'acte en entier de sa main ou, à défaut, qu'il appose la mention « bon pour » ou « approuvé pour », l'objectif du législateur est d'éviter les abus de blanc-seing.

#### c. Moyens de preuve de nature à pallier l'absence d'écrit (régulier)

**45. Plusieurs procédés, de valeur inégale.** En l'absence d'écrit (régulier), par exemple parce que le procédé choisi dans l'environnement numérique n'est pas jugé équivalent, par

Éditions de l'ULB, 1983, pp. 343 et s., et spécialement pp. 346-347 (celui-ci énonce les circonstances dans lesquelles « la preuve testimoniale, considérée par la jurisprudence commerciale comme essentiellement dangereuse, ne présente dès lors pas une garantie suffisante, pour servir d'unique fondement à une décision définitive ») ; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, p. 2 ; P. VAN OMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 158, n° 238 ; P. WÉRY, « L'impossibilité morale de la preuve écrite, spécialement dans les relations entre concubins », note sous Liège, 10 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 895 ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 26, n° 300. Voy. aussi H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 908, n° 888 et la jurisprudence citée en note.



le juge saisi du litige, au procédé correspondant dans l'environnement « papier », plusieurs moyens, de valeur inégale, peuvent être invoqués par la partie sur laquelle repose la charge de la preuve, pour prouver ses allégations.

Elle peut d'abord se fonder sur un aveu de la partie adverse qui, s'il est démontré, remplacera avantageusement l'écrit (*infra*, n° 46).

À défaut, elle peut aussi se fonder sur les présomptions ou les témoignages (s'ils sont recevables), le cas échéant après avoir invoqué un commencement de preuve<sup>167</sup> par écrit ou une impossibilité de prouver par écrit<sup>168</sup>. Vu l'objet de la présente contribution, nous nous limitons au commencement de preuve par écrit, qui a fait l'objet de discussions, en doctrine et en jurisprudence, au moment d'être appliqué à des échanges de courriels ou de SMS (*infra*, n° 46).

**46. Aveu.** L'aveu est la reine des preuves : il est recevable en toute hypothèse<sup>169</sup> et sa force probante est particulièrement élevée, en quelque sorte absolue<sup>170</sup>.

En tant que tel, rien n'empêche de recourir à l'aveu d'une partie pour prouver contre elle dans l'environnement numérique. Tout au plus faudra-t-il respecter les exigences probatoires, au moment d'apporter la preuve de celui-ci.

Il s'agit d'un moyen particulièrement utile pour pallier l'absence d'écrit dans la mesure où l'exécution, par l'une des parties, de ses obligations, voire un simple silence de sa part, peut constituer un aveu et faire preuve contre elle<sup>171</sup>.

On admet en effet que l'aveu soit tacite et résulte du comportement de la partie à laquelle on l'oppose. L'exécution de ses obligations par le débiteur constitue un exemple d'aveu extrajudiciaire tacite<sup>172</sup>. On parle dans ce cas d'aveu en action. D. MOUGENOT souligne

<sup>167</sup> Art. 1347 C. civ.

<sup>168</sup> Art. 1348 C. civ.

<sup>169</sup> Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 1079-1080, n° 1015 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 329, n° 741 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 364-365, n° 278 ; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *La preuve. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, pp. 166 et s.

<sup>170</sup> Sur la force probante de l'aveu, H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 1084-1085, n° 1016 ; P. VAN OMME-SLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 18 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 340, n° 772 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 369, n° 288 ; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *op. cit.*, pp. 171 et s.

<sup>171</sup> À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « Qui ne dit mot consent ? – Le silence du consommateur peut-il constituer une preuve de l'existence du contrat ? », note sous J.P. Forest, 13 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, pp. 466 et s.

<sup>172</sup> H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 1076, n° 1012 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 314, n° 707 ; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, p. 2427, n° 1798 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 360, n° 271 ; Cass., 4 avril 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 120 ; Cass., 19 octobre 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 14 ; Cass., 23 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 230 ; Cass., 10 février 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 680. Comme le note P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, pp. 2427-2428, n° 1798, qui approuve cette théorie, « elle suppose en tout cas que l'on suive la définition de l'aveu résultant de la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation selon laquelle celui-ci n'implique pas nécessairement l'intention de fournir un élément de preuve à l'autre partie » (cf. Cass., 2 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1043).

ainsi qu'« il n'existe pas de preuve plus évidente de l'existence d'une convention ou d'une obligation que son exécution spontanée par le débiteur »<sup>173</sup>. On ajoute que la preuve des faits démontrant une telle exécution du contrat – et donc la preuve de l'aveu en action – peut se faire par toutes voies de droit (une preuve écrite de tels faits pouvant difficilement être préconstituée)<sup>174</sup>. Ces éléments sont désormais expressément consacrés par l'avant-projet de réforme du Code civil relatif à la preuve (version du 7 décembre 2017), dont l'article 31 dispose que « l'aveu extrajudiciaire peut résulter du comportement d'une des parties, tel que l'exécution d'un contrat. Ce comportement a la même force probante que l'aveu judiciaire ».

Dans un arrêt du 30 mai 2003<sup>175</sup>, qui concernait la preuve d'une modification d'un contrat d'assurance, la Cour de cassation a jugé que celle-ci procède de l'écrit que l'assureur a communiqué au preneur et de l'exécution volontaire par ce dernier du contrat ainsi modifié<sup>176</sup>. En l'espèce, il avait payé les nouvelles primes. Dans ce cas de figure, on disposait d'un comportement actif du débiteur (qui avait effectué un paiement).

Qu'en est-il cependant lorsque le comportement du débiteur est passif et que l'aveu doit s'inférer de son silence ?

Dans la décision du 13 novembre 2015, le juge de paix de Forest voit dans l'exécution du contrat par les parties, un aveu, de nature à démontrer l'existence du contrat : « en consommant de l'énergie tout en étant très précisément avertie des conditions de cette consommation par l'envoi du contrat et des factures, Mme B. a implicitement mais certainement exécuté le contrat de consommation d'énergie »<sup>177</sup>. Ainsi ne se fonde-t-il pas

<sup>173</sup> D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 360, n° 271.

<sup>174</sup> H. DE PAGE, *op. cit.* n° 1032 ; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *La preuve. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, p. 170 ; B. CATTOIR et A. COLPAERT, « De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken », *R.W.*, 2009-2010, p. 951 ; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, p. 2439, n° 1809 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 367-368, n° 286.

<sup>175</sup> Cass., 30 mai 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13872, *R.A.B.G.*, 2004, p. 723, et la note de G. JOCQUÉ, « Bewijs van de wijziging van de verzekeringsovereenkomst », *Bull. ass.*, 2004, p. 105, note F. DOFFAGNE, « Betalen van de nieuwe premie impliceert akkoord ». Voy. aussi Gand, 11 décembre 2003, *Bull. ass.*, 2004, p. 729 ; Pol. Bruges, 11 janvier 2006, *J.J.P.*, 2006, p. 98. Voy. aussi une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 février 1988 (*R.G.D.C.*, 1990, p. 132, note Ph. COLLE). La Cour estime en effet que, même en l'absence de signature de l'assuré, en l'occurrence décédé, « sa veuve peut invoquer l'exécution du contrat comme preuve de l'existence de celui-ci ». Dans ce cas, même si la Cour ne le qualifie pas comme tel, on pourrait estimer qu'il y a un aveu extrajudiciaire tacite de la part de l'assureur (cf. aussi Ph. COLLE, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1991, pp. 144-145, n° 11).

<sup>176</sup> « Dat deze bepaling [art. 25 L. 11 juin 1874] er niet aan in de weg staat dat het bewijs van een wijziging van een verzekeringsovereenkomst wordt afgeleid uit een geschrift dat door de verzekeraar aan de verzekeringsnemer wordt meegedeeld en uit de vrijwillige uitvoering die de verzekeringsnemer van de aldus gewijzigde overeenkomst heeft gegeven ; overwegende dat de appelrechter oordeelt dat het bewijs van de instemming van eiser met de gewijzigde polisvoorwaarden blijkt uit de betaling van de krachtens die wijziging verhoogde premie ; dat de appelrechter aldus zijn beslissing naar recht verantwoordt ».

<sup>177</sup> J.P. Forest, 13 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 465, note H. JACQUEMIN. Voy. aussi J.P. Fontaine-l'Évêque, 21 mai 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 460, où le juge décide que « l'exécution du contrat, concrétisée par des actes matériels, témoigne de l'acceptation de l'offre par le destinataire ; elle constitue un aveu extrajudiciaire. En l'occurrence, la défenderesse a utilisé le compteur bi-horaire et elle a consommé l'électricité ».



uniquement sur le silence du consommateur. Il tient compte également des circonstances qui l'entourent, et qui donnent une signification univoque à l'attitude du consommateur.

Lorsqu'il admet le silence « circonstancié » au titre de preuve de l'aveu en action, le jugement du 13 novembre 2015 doit, d'après nous, être approuvé. On insiste cependant sur le fait que le silence seul aurait été insuffisant : seules les circonstances qui l'entourent sont suffisamment « parlantes » pour donner un sens univoque au comportement du débiteur.

C'est du reste conforme à la jurisprudence – de la Cour de cassation, notamment – qui refuse de considérer que le silence constitue dans tous les cas la preuve d'un aveu extrajudiciaire, et ne l'admet, le cas échéant, qu'en vertu d'une disposition légale ou à l'issue d'une analyse *in concreto* des faits de la cause, et plus précisément des circonstances qui entourent le silence.

Ainsi, dans un arrêt du 18 septembre 1964, la Cour de cassation a jugé que « le silence d'une partie sur un fait allégué en justice par la partie adverse ne peut, sauf disposition légale particulière [...], constituer un acquiescement ou un aveu que s'il est accompagné de circonstances qui lui confèrent ce caractère »<sup>178</sup>. Plus récemment, le juge de paix de Fontaine-l'Évêque a décidé, le 13 décembre 2012, qu'un aveu extrajudiciaire pouvait être déduit du silence circonstancié du débiteur (peu importe que celui-ci ne soit pas commerçant). En l'espèce, ce dernier avait reçu sans protester deux factures et trois mises en demeure relatives à des consommations d'eau (avec les relevés de compteurs)<sup>179</sup>.

**47. Commencement de preuve par écrit.** À défaut d'écrit valable au sens de l'article 1341 du Code civil, la question s'est posée de savoir si des courriels échangés entre les parties ou leurs représentants pourraient constituer un commencement de preuve par écrit, soumis aux conditions de l'article 1347 du Code civil. C'est notamment en matière de

vente d'immeubles entre particuliers que la question s'est posée<sup>180</sup>. Certaines juridictions l'ont admis<sup>181</sup>, comme pour les SMS<sup>182</sup>.

Pour rappel, trois exigences sont prescrites par l'article 1347 du Code civil : un écrit, qui émane de celui à qui on l'oppose et qui rend vraisemblables les faits allégués.

Concernant la condition de l'écrit, on admet généralement que, contrairement au prescrit de l'article 1341 du Code civil, un écrit quelconque (brouillon, livres des commerçants, reçus, etc.) ou qui ne respecterait pas les règles de validité propres aux preuves littérales (signature, respect des articles 1325 et 1326 du Code civil) suffit<sup>183</sup>. Le courriel ou le SMS devrait normalement satisfaire à cette première condition sans qu'il soit requis, par ailleurs, de se référer à la clause transversale de l'article XII.15 du Code de droit économique<sup>184</sup>.

Cet écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée ou de son représentant. Il n'est pas nécessaire, pour que la condition soit remplie, que l'écrit ait été rédigé par celui à qui on l'oppose, pour autant que celui-ci l'ait approuvé (en le signant, par exemple) ou se le soit approprié. Si l'origine des courriels n'est pas contestée, on voit mal sur quelle base la juridiction saisie pourrait décider que la condition n'est pas remplie<sup>185</sup>.

Il reste cependant la dernière exigence : *rendre vraisemblables les faits allégués*. Cette appréciation appartient à la juridiction saisie et c'est normalement à ce niveau que les éléments de fait du cas d'espèce pourraient conduire le juge à refuser le commencement de preuve par écrit<sup>186</sup>.

<sup>180</sup> En faveur de l'application de l'art. 1347 du Code civil à la vente d'un immeuble (dont la preuve est apportée par échanges de courriels ou par SMS), voy. E. TERRY, « Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen », note sous Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017/115, pp. 88 et s. ; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 106 et s. ; I. SAMOY et A. HOUTMEYERS, « Over de verkoop van onroerend goed via e-mail of SMS: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid », *T. Not.*, 2014, p. 334 ; J. FONTEYN, « Questions particulières relatives à la formation du contrat de vente », *La vente immobilière – Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 35-36 ; H. JACQUEMIN, « Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *R.D.T.I.*, 2016/65, pp. 77 et s.

<sup>181</sup> Voy. par ex. Civ. Oost-Vlaanderen, Termonde, 9 juin 2017, *D.A.O.R.*, 2017/4, p. 18. Voy. aussi les réf. citées *infra*, note 189.

<sup>182</sup> En matière de vente d'immeuble, voy. Civ. Gand, 10 avril 2012, *R.C.D.I.*, 2012/3, p. 27 ; Gand, 26 septembre 2013, *R.W.*, 2014-15, p. 258, note S. MEYS, *R.G.D.C.*, 2014, p. 116, note J. CALLEBAUT, *T. Not.*, 2014, note I. SAMOY et S. HOUTMEYERS. Pour d'autres contrats, voy. Anvers, 29 avril 2013, *NjW*, 2014, p. 319, note C. LEBON ; Liège, 21 mai et 5 juin 2015, *Entr. Dr.*, 2017, p. 106.

<sup>183</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 912 et s., n° 892 ; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) », *R.W.*, 1985-1986, col. 175 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 167-169, n° 353-356 ; C. GOUX, « Observations sur le commencement de preuve par écrit », note sous Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 206.

<sup>184</sup> Nous reviendrons sur cette disposition par la suite (*infra*, n° 51).

<sup>185</sup> Comp. Anvers, 29 avril 2013, *NjW*, 2014, p. 319, note C. LEBON, à propos de la preuve d'un contrat de prêt par SMS, qui décide que celui-ci ne peut pas constituer un commencement de preuve par écrit en raison de l'incertitude quant au fait qu'il émane de l'autre partie.

<sup>186</sup> En jurisprudence, voy. Gand, 1<sup>er</sup> octobre 2015, *T. Not.*, 2016, note W. HERMANS (la Cour admet le recours au commencement de preuve par écrit mais juge qu'en l'espèce, des échanges de courriels entre les

[...] Elle n'a formulé aucune contestation à l'égard du tarif pratiqué par la demanderesse qui a procédé à la facturation de la consommation sur base des relevés d'index qui lui ont été communiqués par le gestionnaire du réseau qui a eu accès au compteur ».

<sup>178</sup> Cass., 18 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 61. En ce sens, voy. ég. Cass., 27 février 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 248 ; Gand, 17 mars 2005, *T.G.R.*, 2007, p. 319 ; Cass., 1<sup>er</sup> juin 2007, *Pas.*, 2007, p. 1055 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 16 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 508 ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 4 août 2010, *J.J.P.*, 2012, p. 127. Voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation – Théorie des preuves*, p. 2427, n° 1797. Comp. H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 1076, n° 1012 : « quant au silence, comme forme d'aveu tacite, nihil obstat in se [...], mais il faut évidemment, comme en matière de formation du contrat [...], que le silence soit circonstancié. Pratiquement, cela ne se présentera jamais ».

<sup>179</sup> J.P. Fontaine-l'Évêque, 13 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1723.



Un arrêt critiquable de la Cour d'appel d'Anvers du 19 décembre 2016<sup>187</sup>, analysé plus en détail par la suite (*infra*, n° 51) refuse par contre d'admettre que des échanges de courriels puissent constituer un commencement de preuve par écrit, au motif qu'il ne serait pas possible de se fonder sur l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique, dont l'application est exclue conformément à l'article XII.16 du même Code pour les ventes d'immeuble. La Cour semble vouloir se fonder sur la clause transversale particulière de la mention manuscrite (inapplicable en l'espèce) pour déterminer si la deuxième condition du commencement de preuve par écrit est satisfaite. Ce n'était toutefois pas nécessaire, d'autres éléments pouvant être invoqués à l'appui de la démonstration. On regrette cette position, d'autant que la Cour ne motive pas davantage sa position<sup>188</sup>.

## C. ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE

**48. Plan des développements.** Après un bref panorama du cadre normatif adopté pour lever les obstacles formels (a), les principales règles directrices prises en ce sens sont présentées (b), et appliquées aux formalités généralement rencontrées à des fins probatoires (c).

### a. Cadre normatif

**49. Règlement eIDAS.** Quinze ans après la directive sur la signature électronique<sup>189</sup>, constatant que le cadre normatif applicable en la matière demeurerait très perfectible et qu'il restait de nombreuses incertitudes pour diverses formalités, sans doute accessoires, mais néanmoins cruciales en pratique (en matière d'horodatage ou de recommandé électroniques, par exemple), le législateur européen a remis l'ouvrage sur le métier.

Aussi la Commission européenne a-t-elle pris l'initiative et déposé une proposition de règlement en juin 2012<sup>190</sup>. Le texte a été adopté près de deux ans plus tard : il s'agit du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur

notaires ne respectent pas les conditions posées par l'article 1347 du Code civil, en particulier l'exigence de rendre vraisemblable les faits allégués).

<sup>187</sup> Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017, liv. 115, p. 77, *D.A.O.R.*, 2017, liv. 122, p. 54, *NjW*, 2017, liv. 359, p. 232, *RABG*, 2017, liv. 10, p. 787, *T. Not.*, 2017, liv. 5, p. 408. Pour des commentaires, voy. J. CALLEBAUT, « Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016 », *NjW*, 2017, pp. 210 et s. ; E. TERRY, « Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen », note sous Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017/115, pp. 83 et s. ; H. JACQUEMIN, « Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *R.D.T.I.*, 2016/65, pp. 77 et s.

<sup>188</sup> Il semble toutefois que, même si cette exigence avait été satisfaite, la Cour n'aurait normalement pas décidé que la troisième condition (rendre vraisemblable les faits allégués) est remplie. Dans son appréciation de l'existence d'un aveu extrajudiciaire tacite, elle juge en effet, sur la base du contenu des courriels, qu'aucun accord n'était encore intervenu entre les parties et que celles-ci étaient restées au stade des négociations.

<sup>189</sup> Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.* n° L 13 du 19 janvier 2000.

<sup>190</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, 4 juin 2012, COM(2012) 238 final.

l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE<sup>191</sup> (ci-après, « règlement eIDAS » ou « règlement »)<sup>192</sup>.

L'objet du règlement eIDAS est double : « fixer les conditions dans lesquelles un État membre reconnaît les moyens d'identification électronique des personnes physiques et morales qui relèvent d'un schéma d'identification électronique notifié d'un autre État membre » et instaurer un cadre juridique pour les services de confiance et les documents électroniques<sup>193</sup>. Seul ce second volet retient notre attention dans la présente contribution<sup>194</sup>. Le règlement établit ainsi une *summa divisio* entre les services de confiance qualifiés et non qualifiés, soumis à des exigences communes ou différenciées, et encadre différents services de confiance – signature, cachet, horodatage et service d'envoi recommandé électroniques, ainsi que l'authentification de site internet. Le document électronique fait aussi l'objet d'une disposition spécifique.

**50. Loi du 21 juillet 2016 (Digital Act).** Le règlement eIDAS ne fixe pas, de manière exhaustive, tous les aspects du cadre normatif applicable aux services de confiance, ce qui laisse une certaine marge de manœuvre aux États membres, opportunément exploitée par le législateur belge<sup>195</sup>.

Ainsi a-t-il adopté une loi du 21 juillet 2016<sup>196</sup> – généralement qualifiée de « Digital Act » – en s'appuyant sur ses tentatives précédentes (mais, malheureusement, infructueuses)<sup>197</sup>.

<sup>191</sup> *J.O.* n° L 257 du 28 août 2014.

<sup>192</sup> Pour une première analyse du règlement, voy. D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution ? », *R.D.T.I.*, 2014/56, pp. 27 et s. ; H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *Pas de droit sans technologie*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 41 et s. ; H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, 425 p.

<sup>193</sup> Art. 1<sup>er</sup> du règlement.

<sup>194</sup> À ce propos, voy. D. GOBERT, « L'identification électronique », *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 81 et s.

<sup>195</sup> Sur cette marge de manœuvre, voy. les travaux préparatoires de la loi (*Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2015-2016, n° 1893/001, pp. 5 et s.) et D. GOBERT, « Objectifs, champ d'application et principes généraux : trame de lecture du règlement », *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 72 et s.

<sup>196</sup> Loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016. Pour un premier commentaire, voy. D. GOBERT, « La loi belge du 21 juillet 2016 mettant en œuvre le règlement européen eIDAS et le complétant avec des règles sur l'archivage électronique : analyse approfondie », octobre 2016, publié sur [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org) ; H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017, pp. 197 et s.

<sup>197</sup> Voy. en particulier la proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001. Voy. aussi l'amendement du Gouvernement visant à compléter la proposition de loi portant insertion d'un titre 2, « Certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques, l'archivage électronique, le recommandé électronique, l'horodatage électronique et les services de certification », dans le livre XII du Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au titre 2 précité et des dispositions



Cette loi introduit, dans le livre XII du Code de droit économique (sur le droit de l'économie électronique), un titre 2, intitulé « certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance »<sup>198</sup>. Il complète, à divers égards, le régime établi par le règlement eIDAS, en introduisant un régime spécifique pour l'archivage électronique, tout en précisant, de manière ponctuelle, divers éléments du cadre normatif applicable à la signature, au cachet, au recommandé et à l'horodatage électroniques. La loi du 21 juillet 2016 fixe les compétences de l'organe de contrôle dans la recherche et la constatation des infractions, tout en sanctionnant pénalement le non-respect des dispositions établies<sup>199</sup>. Enfin, et plus ponctuellement, la loi amende diverses dispositions normatives, dans le Code civil ou en droit du travail notamment<sup>200</sup>.

**51. Code de droit économique.** Plusieurs dispositions du Code de droit économique ont pour objet de lever les obstacles formels à la conclusion des contrats dans l'environnement numérique. On pointe par exemple l'article VII.78 du C.D.E.<sup>201</sup>, relatif à la conclusion du contrat de crédit à la consommation (et qui autorise la signature électronique, en indiquant les procédés à mettre en œuvre), ou les références multiples au « support durable »<sup>202</sup>, que le législateur européen a préféré au terme « écrit », vraisemblablement pour prendre distance par rapport au « papier ».

Outre ces dispositions spécifiques, le législateur belge a également adopté une disposition transversale pour lever les obstacles formels. Elle figure à l'article XII.15 du C.D.E., qui consacre la théorie des équivalents fonctionnels (§ 1<sup>er</sup>) et l'applique à trois formalités (§ 2) : l'écrit, la signature et la mention manuscrite.

Encore faut-il que l'exigence de forme entre dans le champ d'application de cette disposition.

D'un point de vue positif, il doit s'agir d'une exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel<sup>203</sup> et qu'il convient d'accomplir dans le cadre d'un service de la société de l'information<sup>204</sup>.

D'un point de vue négatif, il faut exclure les matières visées à l'article XII.1, § 2 (fiscalité, vie privée et traitement des données à caractère personnel, droit des ententes, etc.), et les contrats relevant des catégories listées à l'article XII.16, parmi lesquels figurent

d'application de la loi propres au même titre, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/004.

<sup>198</sup> À noter que le domaine d'application des dispositions du titre 2 est limité par l'article XII.24, § 2, du C.D.E.

<sup>199</sup> Voy. les art. XV.26 et XV.123 du C.D.E.

<sup>200</sup> Voy. les art. 34 et s. de la loi du 21 juillet 2016.

<sup>201</sup> Les exigences prévues par cette disposition constituent toutefois des conditions de validité du contrat. Autrement dit, elles ne poursuivent pas seulement une finalité probatoire mais visent, d'abord et avant tout à protéger le consommateur considéré comme étant en position de faiblesse.

<sup>202</sup> Voy. par ex. l'art. VI.46, § 7 ou l'art. VII.78 du C.D.E.

<sup>203</sup> Art. XII.15, § 1<sup>er</sup>, du C.D.E.

<sup>204</sup> Voy. l'art. XII.1, § 2, du C.D.E., suivant lequel « le présent titre règle certains aspects juridiques des services de la société de l'information ». On pourrait toutefois soutenir une position différente dans la mesure où, aux autres dispositions du titre 1<sup>er</sup>, du livre XII du C.D.E., qui concernent l'information et de la transparence sur les réseaux, la publicité et la responsabilité des prestataires intermédiaires, les notions de « service de la société de l'information », de « prestataire » ou de « destinataire de service », n'apparaissent pas à l'article XII.15.

notamment les « contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location » ou « les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ».

Sur ce point, on doit signaler un arrêt récent de la Cour d'appel d'Anvers du 19 décembre 2016 (discussion relative à la preuve de la vente d'immeuble par échange de courriels)<sup>205</sup>, qui retient l'exclusion des « contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location » (1<sup>o</sup>). Le contrat de vente d'immeuble est manifestement visé. Aussi la Cour en déduit-elle qu'un contrat de vente d'immeuble ne peut pas être conclu par voie électronique (ici, par échange de courriels), ce qui empêche les intimés/acheteurs de se fonder sur un tel échange de courriels pour apporter la preuve de l'existence du contrat.

On observe que la différence de formulation entre la version néerlandaise et la version française de l'article XII.15 du C.D.E. a pu influencer la décision de la Cour d'exclure l'application de la disposition en matière probatoire : l'expression exigence de forme « relative au processus contractuel » est en effet traduite par « *vormvereiste voor de totstandkoming van contracten* ». Il n'en demeure pas moins que la doctrine considère généralement que les formalités probatoires sont clairement visées<sup>206</sup>.

Il n'est pas contestable que, conformément à l'article XII.16 du Code de droit économique, l'article XII.15 du même code n'est pas applicable en l'espèce (s'agissant du contrat de vente d'un immeuble). Par contre, la conséquence que la Cour d'appel d'Anvers en déduit quant à la possibilité de prouver le contrat au moyen de procédés dématérialisés (hors commencement de preuve par écrit) est, d'après nous, totalement erronée<sup>207</sup>.

La non-application de l'article XII.15 signifie uniquement que les parties ne peuvent pas se fonder directement sur cette disposition pour démontrer que le procédé utilisé dans l'environnement électronique (l'échange de courriels), constitue un écrit signé au sens de l'article 1341 du Code civil. Mais cela ne constitue en aucun cas une interdiction de recourir à l'électronique pour conclure un contrat de vente<sup>208</sup>. Tout au plus le niveau de sécurité juridique est-il réduit. Raisonner de la sorte donnerait d'ailleurs lieu à un effet pervers totalement paradoxal, puisqu'une disposition légale dont l'objectif est de lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique – l'article XII.15 du C.D.E.

<sup>205</sup> Voy. les réf. citées *supra*, note 189.

<sup>206</sup> E. TERRY, « Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen », note sous Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017/115, p. 86 ; J. CALLEBAUT, « Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016 », *NjW*, 2017, p. 214 ; I. SAMOY et A. HOUTMEYERS, « Over de verkoop van onroerend goed via e-mail of SMS: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid », *T. Not.*, 2014, p. 333 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 154.

<sup>207</sup> Critiquant également l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point, voy. E. TERRY, « Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen », note sous Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017/115, pp. 85 et s. Comp. J. CALLEBAUT, « Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016 », *NjW*, 2017, p. 215 qui semble approuver l'arrêt sur ce point.

<sup>208</sup> En ce sens, voy. J. FONTEYN, « Questions particulières relatives à la formation du contrat de vente », *La vente immobilière. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 32 et s.



(certes combiné à l'article XII.16 du C.D.E.), qui transpose l'article 9 de la directive sur le commerce électronique – devrait être interprétée comme une interdiction – et donc, un obstacle – à la dématérialisation des échanges. Cette analyse est d'autant plus contestable depuis que le règlement eIDAS est d'application : il consacre en effet le principe de non-discrimination au bénéfice de la signature électronique<sup>209</sup> et du document électronique<sup>210</sup>. Sur la base de ces dispositions, une juridiction ne peut donc pas refuser tout effet juridique au procédé utilisé pour conclure le contrat, sous prétexte qu'il est électronique. Or, c'est exactement ce que fait la Cour d'appel d'Anvers.

Pour critiquable qu'il soit, cet arrêt de la Cour d'appel d'Anvers n'est pas isolé<sup>211</sup>. Aussi faut-il espérer une intervention rapide du législateur pour clarifier la situation.

**52. Disposition du Code civil actuellement en vigueur et principales nouveautés introduites par l'avant-projet de réforme du Code civil.** Dans la version actuellement en vigueur du Code civil, il faut avoir égard à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, qui traite de la signature électronique en matière probatoire, en indiquant les fonctions attendues du procédé pour être assimilé à une signature manuscrite par le juge (à ce sujet, voy. *infra*, n° 57).

Il est intéressant de noter que, dans l'avant-projet de réforme du Code civil relatif à la preuve (version du 7 décembre 2017), plusieurs formalités sont désormais définies dans une perspective fonctionnelle (écrit, signature, signature manuscrite, signature électronique, acte sous seing privé), susceptible de couvrir également des procédés accomplis dans l'environnement numérique.

L'article 1322, alinéa 2, du Code civil n'est pas conservé, ce qui doit être approuvé, dès lors que les fonctions attendues du procédé électronique manquaient de clarté (notion d'imputabilité) ou ne correspondaient pas aux fonctions traditionnelles de la signature manuscrite (exigence d'intégrité).

## b. Principes directeurs

**53. Quatre principes directeurs.** Au moment de lever les obstacles formels, plusieurs principes directeurs sont généralement consacrés – ou, à tout le moins, mis en œuvre – par le législateur : la liberté de ne pas recourir à l'électronique, le principe de non-discrimination, le principe d'équivalence fonctionnelle et la neutralité technologique.

Dans cette partie de la contribution<sup>212</sup>, nous nous limitons aux principes de non-discrimination et d'équivalence fonctionnelle<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> Art. 25, § 1<sup>er</sup>, du règlement eIDAS.

<sup>210</sup> Art. 46 du règlement eIDAS.

<sup>211</sup> En ce sens déjà, voy. Anvers, 24 juin 2013, *T. Not.*, 2014, p. 345. Voy. aussi Gand, 26 septembre 2013, *R. W.*, 2014-15, p. 258, note S. MEYS, *R.G.D.C.*, 2014, p. 116, note J. CALLEBAUT, *T. Not.*, 2014, note I. SAMOY et S. HOUTMEYERS (qui refuse de considérer qu'un SMS puisse constituer un écrit sur la base des art. 16 et 17 de la loi du 11 mars 2003).

<sup>212</sup> Concernant la liberté de recourir à l'électronique, voy. *supra*, n° 21.

<sup>213</sup> Sur ces principes, voy. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017, pp. 202 et s.

**54. Principe de non-discrimination.** Le règlement eIDAS applique expressément le principe de non-discrimination à la signature électronique<sup>214</sup>, au cachet électronique<sup>215</sup>, à l'horodatage électronique<sup>216</sup> et aux données envoyées et reçues à l'aide d'un service d'envoi recommandé électronique<sup>217</sup>, en interdisant notamment que l'effet juridique et la recevabilité comme preuve en justice leur soient refusés au seul motif qu'ils se présentent sous forme électronique ou que le service n'est pas qualifié. S'agissant du service d'archivage électronique, il est consacré par l'article XII.25, § 4, du C.D.E.<sup>218</sup>.

Le règlement eIDAS applique également le principe de non-discrimination au document électronique, qui ne constitue pas un service de confiance en tant que tel, en énonçant que « l'effet juridique et la recevabilité d'un document électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que ce document se présente sous une forme électronique »<sup>219</sup>.

L'interdiction de toute discrimination est double, en ce qu'elle s'applique, d'une part, au bénéfice d'un service de confiance non-qualifié (par rapport à un service qualifié), d'autre part, au bénéfice d'un service de confiance – par définition de nature électronique – par rapport à un procédé correspondant dans l'environnement papier (une signature manuscrite par exemple).

**55. Principe d'équivalence fonctionnelle.** Dans le courant des années quatre-vingt, parallèlement aux progrès techniques, des auteurs ont rapidement cerné les enjeux juridiques posés par le développement de l'informatique et des technologies de l'information. Ils ont esquissé les premières solutions en la matière, essentiellement sous l'angle du droit de la preuve<sup>220</sup>. Si d'autres solutions ont également été proposées, la théorie des équivalents

<sup>214</sup> Art. 25, § 1<sup>er</sup>, du règlement.

<sup>215</sup> Art. 35, § 1<sup>er</sup>, du règlement.

<sup>216</sup> Art. 41, § 1<sup>er</sup>, du règlement.

<sup>217</sup> Art. 43, § 1<sup>er</sup>, du règlement.

<sup>218</sup> D'un point de vue légistique, la formulation employée, suivant laquelle « l'effet juridique et la recevabilité d'un archivage électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés... » nous paraît critiquable : ce n'est pas le service d'archivage électronique en tant que tel qui est soumis au principe de non-discrimination mais les données électroniques conservées au moyen de celui-ci. Aussi la disposition aurait-elle dû être formulée comme suit : « l'effet juridique et la recevabilité des données conservées au moyen d'un service d'archivage électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés... ».

<sup>219</sup> Art. 46 du règlement. Le document électronique est défini de manière large par le règlement eIDAS comme « tout contenu conservé sous forme électronique, notamment un texte ou un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel » (art. 3, 35°, du règlement). La notion est plus large que l'écrit puisque le contenu peut également être sonore, visuel ou audiovisuel. Par contre, aucune indication n'est donnée relativement aux fonctions attendues de la formalité. La proposition de la Commission du 4 juin 2012 était nettement plus ambitieuse puisqu'elle indiquait les fonctions à respecter pour que le document électronique soit jugé équivalent au document imprimé.

<sup>220</sup> Voy. en ce sens les réflexions de B. AMORY et Y. POULLET, « Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique : approche de droit comparé », *D.I.T.*, 1985/5, pp. 11 et s. ; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., pp. 1 et s. ; J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ? Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 8 et s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *La preuve*, Bruxelles, Larciere, pp. 233-234, n°s 492-493 ; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996,



fonctionnels a progressivement pris corps, avant d'être consacrée, au niveau international, par la CNUDCI, dans sa loi-type sur le commerce électronique<sup>221</sup> (1996). Les travaux de celle-ci ont inspiré le législateur européen, puis belge.

Ce principe part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent nécessairement être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposé directement sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit, par exemple). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit, par exemple) et dans l'environnement numérique (un document au format pdf enregistré sur un CD-ROM pour l'écrit, par exemple) sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les *fonctions* minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence.

En droit belge, ce principe est consacré à l'article XII.15, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, aux termes duquel « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ».

### c. Application aux principales formalités probatoires

**56. Écrit (ou support durable).** Les fonctions attendues de l'écrit sont énoncées à l'article XII.15, § 2, du C.D.E., aux termes duquel « l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission »<sup>222</sup>. Le procédé utilisé dans

pp. 39 et s. ; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 660 et s. ; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, pp. 671 et s.

<sup>221</sup> Comme indiqué dans le Guide pour son incorporation, « la Loi type propose [...] une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation 'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel', qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique » (*Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, New York, Publ. des Nations unies, 1999, p. 21, n° 16). À ce propos, voy. de E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, p. 382. Sur ce principe, on consultera aussi M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels – Théorie critique*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014.

<sup>222</sup> Comp. à la définition de l'écrit figurant dans l'avant-projet de réforme du Code civil (partie sur la preuve, datant du 7 décembre 2017), à l'art. 1, 1°.

l'environnement numérique doit ainsi garantir la lisibilité, la pérennité et, même si cette fonction est plus controversée, l'intégrité de l'information<sup>223</sup>.

Les dispositions légales les plus récentes – en particulier lorsqu'elles transposent le droit de l'Union – utilisent le terme « support durable ».

Nous renvoyons à ce qui a été dit précédemment sur ce point, en particulier sur les procédés susceptibles d'être mis en œuvre de manière à préserver les fonctions de l'écrit ou du support durable, jugés fonctionnellement équivalents (sur ce point, voy. *supra*, n° 19).

**57. Signature.** Le règlement eIDAS distingue trois formes de signatures électroniques : la signature électronique (simple), la signature électronique avancée<sup>224</sup> et la signature électronique – qualifiée(e)<sup>225</sup>. Chaque procédé est une déclinaison du précédent, soumis à des conditions complémentaires (et bénéficiant d'un régime spécifique).

Seul le dernier procédé constitue un service de confiance *qualifié*<sup>226</sup>, fourni par un prestataire de services de confiance *qualifié*<sup>227</sup>. Par rapport au prestataire de services de confiance non qualifié, il doit répondre à des exigences très sévères pour lancer son activité, en cours d'exercice de celle-ci, et pour y mettre fin<sup>228</sup>. La signature électronique qualifiée est également soumise à des conditions additionnelles prescrites par le règlement eIDAS et le livre XII du C.D.E.<sup>229</sup>.

Corrélativement, pour le signataire, le recours à une signature électronique qualifiée lui assure un niveau de sécurité juridique plus élevé que pour une signature électronique simple ou avancée.

En effet, aux termes de l'article 25 (2) du règlement eIDAS, « l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite ». *A priori*, le juge ne dispose d'aucune marge d'appréciation et il doit assimiler le procédé à une signature manuscrite.

<sup>223</sup> Sur les fonctions de l'écrit, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 121 et s., n°s 73 et s. (avec les réf. citées).

<sup>224</sup> La signature électronique avancée est « la signature électronique qui satisfait aux exigences énoncées à l'article 26 » (art. 3, 11°, du règlement eIDAS). Plus précisément, cette disposition exige que la signature satisfasse aux exigences suivantes : « a) être liée au signataire de manière univoque » ; b) « permettre d'identifier le signataire » ; c) avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ; et d) être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable ». Ces conditions renforcent les fonctions d'identification, d'authentification et de maintien de l'intégrité du contenu de l'acte.

<sup>225</sup> La signature électronique qualifiée est « une signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique » (art. 3, 12°, du règlement). Les notions de « dispositif de création de signature électronique qualifié » et de « certificat qualifié de signature électronique » sont définies par le règlement (art. 3, 15° et 23°).

<sup>226</sup> Art. 3, 17°, du règlement eIDAS.

<sup>227</sup> Art. 3, 20°, du règlement eIDAS.

<sup>228</sup> Voy. les art. 20 et s. du règlement eIDAS.

<sup>229</sup> Voy. le art. 28 et s. du règlement eIDAS.



Par contre, s'il s'agit d'une signature électronique simple ou avancée, le procédé bénéficie uniquement du principe de non-discrimination, conformément à l'article 25 (1) du règlement eIDAS. Pour savoir à quelles conditions le procédé peut être assimilé à une signature manuscrite, le juge est compétent pour apprécier si les conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, ont été observées. Aux termes de cette disposition, « peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte ». On considère généralement que la notion d'imputabilité couvre les fonctions traditionnellement reconnues à la signature manuscrite : l'identification du signataire – à comprendre comme l'authentification de son identité – et son adhésion au contenu de l'acte<sup>230</sup>. L'avant-projet de réforme du Code civil ne reprend pas cette disposition. Il faudra donc vérifier si les conditions fonctionnelles figurant dans la nouvelle définition de la signature (art. 1, 2°, de l'avant-projet) sont préservées : identifier une personne et manifester sa volonté, « notamment d'adhérer au contenu d'un écrit ou de reconnaître sa réception ».

En pratique, les signatures électroniques qualifiées devraient rester assez rares. Pour les autres procédés, il appartiendra aux parties de démontrer que ceux-ci préservent les fonctions établies à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ou, lorsque la réforme sera adoptée, à la nouvelle définition de la signature. En pratique, tel pourrait être le cas d'une simple case à cocher dans un formulaire de commande en ligne (pour autant que l'auteur soit clairement identifié)<sup>231</sup>, d'une signature scannée ou tracée sur une tablette, ainsi que, bien évidemment, de procédés plus complexes fondés sur la cryptographie asymétrique.

**58. Mentions manuscrites.** Des mentions manuscrites sont notamment requises par l'article 1326 du Code civil. Pour trouver l'équivalent fonctionnel à cette formalité dans l'environnement numérique, on peut se référer à la clause transversale particulière de l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique, suivant laquelle « l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier ».

Le verbe « émaner », utilisé par le législateur, semble exiger la réunion de deux conditions. Il faut d'abord que la mention soit rédigée par celui qui s'oblige. Une intervention active de sa part est requise. Concrètement, l'auteur de la mention peut être invité à dactylographier le texte, au moyen du clavier de son ordinateur, dans une zone déterminée, sur une page du site web du prestataire. Ensuite, il faut nécessairement garantir que l'auteur de la mention est effectivement celui qu'il prétend être, et pas son cocontractant (ou un tiers). C'est la fonction d'authentification de l'origine. Dans l'environnement traditionnel, la personnalisation du graphisme remplit cette fonction. En général, cette caractéristique n'existe pas dans l'environnement numérique : le recours au clavier de l'ordinateur conduit en effet à uniformiser le graphisme. Un procédé complémentaire doit être mis en œuvre et, à nos yeux, un mécanisme de signature électronique pourrait convenir.

<sup>230</sup> Voy. le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 30. En doctrine, voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *op. cit.*, p. 16 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 114 ; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 558.

<sup>231</sup> Comp. Civ. Oost-Vlaanderen, Termonde, 9 juin 2017, *D.A.O.R.*, 2017/4, p. 18.

On regrette par contre que la clause transversale particulière de l'article XII.15, § 2, du C.D.E. ne mette pas davantage l'accent sur la fonction consistant à attirer l'attention de l'auteur de la mention. Aussi sommes-nous d'avis que le procédé choisi devrait en tout cas permettre d'atteindre cette finalité. Si la mention est pré-rédigée par le prestataire et qu'elle doit uniquement faire l'objet d'un accord par une case à cocher, on peut sérieusement douter qu'il s'agisse d'un équivalent fonctionnel de nature à produire les mêmes effets juridiques.

**59. Exemplaires multiples.** Pour la formalité des exemplaires multiples figurant par exemple à l'article 1325 du Code civil, il faut se référer à la clause transversale générale de l'article XII.15, § 1<sup>er</sup>, du Code civil. L'interprète est ainsi invité à rechercher les qualités fonctionnelles de la formalité, pour ensuite trouver un procédé susceptible de préserver celles-ci dans l'environnement numérique.

L'objectif est de garantir que chaque partie dispose d'un exemplaire de l'acte, tout en renforçant les fonctions d'intégrité et de pérennité de l'écrit<sup>232</sup>. En ce sens, si le document est transmis par courriel à l'autre partie, ou conservé chez un prestataire de service de confiance mandaté par les deux parties, les fonctions devraient normalement être préservées.

**60. Autres formalités accessoires.** Le règlement eIDAS encadre également deux services de confiance renvoyant à des formalités, certes plus accessoires, mais néanmoins cruciales dans certaines hypothèses, notamment à des fins probatoires : l'horodatage électronique et le service d'envoi recommandé électronique.

On entend par horodatage électronique « des données sous forme électronique qui associent d'autres données sous forme électronique à un instant particulier et établissent la preuve que ces dernières données existaient à cet instant »<sup>233</sup>. Le mécanisme est intéressant dans la mesure où il ne connaît pas, en tant que tel, d'équivalent dans l'environnement « papier ». Pourtant, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles il importe de fixer avec précision le moment auquel le contrat a été conclu ou, plus généralement, l'acte juridique posé<sup>234, 235</sup>. Dans certains secteurs, la question est particulièrement sensible : on songe au droit des assurances, pour fixer précisément le point de départ de la couverture<sup>236</sup>.

Le service d'envoi recommandé électronique est le « service qui permet de transmettre des données entre des tiers par voie électronique, qui fournit des preuves concernant le traitement des données transmises, y compris la preuve de leur envoi et de leur réception,

<sup>232</sup> En ce sens, voy. aussi l'article 17 de l'avant-projet de réforme du Code civil relative à la preuve : « l'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément à l'article 15, alinéa 2, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès ».

<sup>233</sup> Art. 3, 33°, du règlement.

<sup>234</sup> Par exemple, pour déterminer la loi applicable, *ratione temporis*, s'assurer que les parties avaient la capacité juridique au moment de s'engager ou calculer un délai de prescription.

<sup>235</sup> Sur l'horodatage électronique, voy. M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 43 et s.

<sup>236</sup> Voy. en ce sens l'art. 57, § 7, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, aux termes duquel, « dès leur réception, l'assureur procédera au datage systématique des propositions d'assurance, des polices présignées et des demandes d'assurance ».



et qui protège les données transmises contre les risques de perte, de vol, d'altération ou de toute modification non autorisée »<sup>237</sup>. Le règlement eIDAS liste ainsi les fonctions attendues du service d'envoi recommandé électronique : preuve de l'envoi et de la réception des données et maintien de leur intégrité (puisqu'elles doivent être protégées des risques de perte, de vol ou de modification).

Pour ces deux services de confiance, le règlement eIDAS, complété par la loi du 21 juillet 2016, détermine les effets juridiques des procédés susceptibles d'être utilisés en pratique, en distinguant suivant qu'il s'agit d'un service de confiance qualifié (bénéficiant notamment d'une présomption) ou d'un service de confiance non qualifié (auquel s'applique le principe de non-discrimination)<sup>238</sup>.

#### d. Quid de l'archivage électronique ?

**61. Notion d'archivage électronique.** L'archivage électronique est un service de confiance qui n'est pas encadré en tant que tel par le règlement eIDAS<sup>239</sup>. Les enjeux sont pourtant importants en pratique : on trouve en effet de nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui imposent expressément de conserver les données ou les documents pendant une période plus ou moins longue<sup>240</sup>. Par ailleurs, dans une perspective probatoire, il est recommandé de conserver ceux-ci au moins pendant la durée de délai de prescription applicable<sup>241</sup>.

Le législateur belge a heureusement introduit des règles spécifiques en la matière, sur le même modèle que les services de confiance régis par le règlement eIDAS, aux articles XII.27 et suivants du Code de droit économique. Le service d'archivage électronique est ainsi défini comme le « service de confiance supplémentaire à ceux visés par l'article 3, paragraphe 16, du règlement 910/2014, qui consiste en la conservation de données électroniques ou la numérisation de documents papiers, et qui est fourni par un prestataire de services de confiance au sens de l'article 3, paragraphe 19, du règlement 910/2014 ou qui est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale »<sup>242</sup>. L'archivage électronique vise non seulement la conservation des données générées dès l'origine au format électronique, mais également les données résultant d'une numérisation des documents « papier ».

<sup>237</sup> Art. 3, 36°, du règlement.

<sup>238</sup> À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017, pp. 205 et s.

<sup>239</sup> Pour un commentaire des dispositions en matière d'archivage électronique, telles qu'introduites par la loi du 21 juillet 2016, voy. D. GOBERT, « La loi belge du 21 juillet 2016 mettant en œuvre le règlement européen eIDAS et le complétant avec des règles sur l'archivage électronique : analyse approfondie », octobre 2016, publié sur [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org) ; H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017, pp. 205 et s. ; O. VANRECK, « Le nouveau cadre juridique applicable au service d'archivage électronique », *D.A.O.R.*, 2017/122, pp. 33-49.

<sup>240</sup> Voy. par ex. l'art. 60 du Code TVA (conservation de la facture), l'art. 195 du Code des sociétés (conservation des livres et documents sociaux) ou l'art. 1<sup>er</sup>, § 3, de l'A.R. du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical, visé à l'article 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, doit répondre (conservation du dossier médical).

<sup>241</sup> En droit commun des obligations et des contrats, le délai est de dix ans (art. 2262bis du Code civil).

<sup>242</sup> Art. I.18, 17°, du C.D.E.

Il est intéressant de noter que, contrairement aux autres services de confiance, s'agissant de l'archivage électronique (qualifié ou non qualifié), il est expressément prévu qu'il peut être fourni par un prestataire de service de confiance ou « exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale ». Cette entité pourrait donc s'abstenir de faire appel à un tiers, en exploitant le service elle-même, en interne.

**62. Qualifié ou non qualifié.** Comme pour les autres services de confiance, une distinction fondamentale doit être faite entre les services d'archivage électronique qualifiés et les services d'archivage électronique non qualifiés (ainsi que, corrélativement, les prestataires de services de confiances qualifiés ou non qualifiés qui les fournissent).

Les premiers sont soumis à des exigences plus lourdes, sur le plan technique et réglementaire. Parallèlement, leurs utilisateurs bénéficient d'un niveau de sécurité juridique élevé, eu égard, notamment, aux présomptions que la loi institue en leur faveur.

En effet, s'il s'agit d'un service d'archivage électronique qualifié, la loi présume que les données ont été conservées de manière à les préserver de toute modification, sous réserve des modifications relatives à leur support ou leur format électronique<sup>243</sup>. S'agissant de l'archivage, il faut également articuler une présomption réfragable sur les fonctions<sup>244</sup> avec une présomption irréfragable sur l'obligation de conservation<sup>245,246</sup>. En raison de cette différence (entre la présomption réfragable et irréfragable), on pourrait théoriquement démontrer que le service d'archivage électronique qualifié n'a pas permis de préserver les données de toute modification (présomption réfragable sur les fonctions) ; par contre, et nonobstant cette preuve contraire, l'obligation de conservation sera présumée satisfaite par le recours à un service d'archivage électronique qualifié (sans qu'il soit possible de renverser la présomption).

#### EN GUISE DE CONCLUSION

**63. Cadre normatif complexe, en constante mutation.** Le cadre normatif applicable à la conclusion et à la preuve des contrats par voie électronique est complexe. Il faut en effet articuler des dispositions figurant dans plusieurs textes légaux ou réglementaires, tout en suivant de près les réformes législatives incessantes qui s'appliquent à ces matières. Gageons donc, sans trop y croire, que les réformes du ministre de la Justice apporteront la stabilité dont le monde des affaires a besoin pour développer sereinement son activité économique, dans le respect de la protection des consommateurs.

**64. Rôle des juges de paix et de police.** En attendant, il incombe aux juges de paix et de police de veiller au respect des règles applicables, spécialement lorsqu'elles ont pour finalité de protéger une partie faible au rapport contractuel, comme un consommateur. De nombreuses décisions publiées confirment que c'est le cas, ce qui est de bon augure pour l'avenir.

<sup>243</sup> Art. XII.25, § 5, al. 2, du C.D.E.

<sup>244</sup> Art. XII.25, § 5, al. 2, du C.D.E.

<sup>245</sup> Art. XII.25, § 5, al. 1<sup>er</sup>, du C.D.E.

<sup>246</sup> Sur le caractère réfragable ou irréfragable, voy. *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2015-2016, n° 1893/001, p. 19.